

PÅGRIPELSE OG FENGSLING

**Utlendingsloven § 106 vurdert opp mot
Den europeiske menneskerettighetskonvensjon
og tilsvarende bestemmelser i straffeprosessloven**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 722
Leveringsfrist: 25.11.2012

Til sammen 17564 ord

23.11.2012

Innholdsfortegnelse

ORDLISTE	2
1 INNLEDNING	3
1.1 Presentasjon av emnet	5
1.2 Problemstilling	5
1.3 Avgrensning	6
1.4 Metode og kilder	7
1.5 Egen posisjon	8
2 RETTSKILDEGRUNNLAGET	8
2.1 Lov og forarbeider for utlendingsloven av 2008	8
2.1.1 Rettspraksis	10
2.1.2 Juridisk teori	10
2.2 Den europeiske menneskerettskonvensjon	11
2.2.1 Praksis i Den europeiske menneskerettsdomstolen	12
3 UTLENDINGSLOVEN § 106 – HJEMLENE FOR PÅGRIPELSE OG FENGSLING	13
3.1 Identitet og fengsling	14
3.1.1 Utlendingen oppgir uriktig identitet	15
3.1.1.1 Bryter utlendingsloven § 106 mot vernet mot selvinkriminering i Den europeiske menneskerettskonvensjonen?	20
3.1.2 Utlendingen mangler ID-papirer	22
3.1.2.1 Bryter bestemmelsen om tvungen fremstilling på utenriksstasjon med Den europeiske menneskerettskonvensjonen?	24
3.2 Forsvinning og fengsling	25
3.2.1 Utlendingslovens unndragelsesparagraf	26
3.2.1.1 Bryter utlendingsloven § 106 med reglene i Den europeiske menneskerettskonvensjonen om diskriminering og utsendelse av utlendinger?	31
3.2.1.2 Hvis fengslingsbestemmelsen i utlendingsloven § 106 blir endret vil den da bryte med Den europeiske menneskerettskonvensjonen i unndragelsessaker?	35
3.2.2 Fengsling når en ikke overholder meldeplikt eller tvunget bosted	38
3.2.2.1 Bryter utlendingsloven § 106 mot Den europeiske menneskerettskonvensjonen om frihet til å bevege seg hvor en vil i et land?	40
3.2.3 Fengslingsgrunnlag for utlendinger i transitt som skal uttransporteres	43
3.2.3.1 Bryter utlendingsloven § 106 mot reglene i Den europeiske menneskerettskonvensjonen angående utsendelse av utlendinger i transitt?	44
3.3 Kriminelle, terror og fengsling	45
3.3.1 Utviste kriminelle utlendinger	46
3.3.1.1 Bryter utlendingsloven § 106 med vernet mot dobbeltstraff i Den europeiske menneskerettskonvensjonen?	48
3.3.2 Utlendingslovens terrorparagraf	51
3.3.2.1 Bryter utlendingslovens terrorparagraf mot prinsippene om tvangsbruk og diskriminering i Den europeiske menneskerettskonvensjonen?	54
4 KONKLUSJON /AVSLUTNING	57
LITTERATURLISTE	60

Ordliste

EMD	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon
Dublin-forordningen	Avtale om at en asylsøknad bare blir behandlet i ett EU-land inkludert Island, Liechtenstein, Norge og Sveits
FRONTEX	EUs organisasjon for beskyttelse av yttergrensene
PU	Politiets utlendingsenhet
Returdirektivet	EUs direktiv for tilbakesendelse av ikke-EU/EØS-borgere
Schengen-avtalen	Avtale mellom europeiske land om felles grensekontroll

1 Innledning

«Regjeringen vil føre en helhetlig innvandrings- og flyktningpolitikk forankret i Norges internasjonale forpliktelser. Regjeringen vil ha en balansert og kontrollert innvandring og en konsekvent asylpolitikk».¹ Slik lyder Stoltenberg II-regjeringens politiske plattform fra 2009. I 2011 søkte om lag 9100 personer om asyl i Norge. 6443 personer fikk avslag på søknaden, tallet inkluderer også søknader fra 2010.² Statistisk sentralbyrå anslår at det er om lag 18 000 personer som oppholder seg ulovlig i Norge, mange av disse har vært asylsøkere.³ Dette er den materielle siden av norsk asyl- og innvandringspolitikk.

Denne oppgaven skal belyse den prosessuelle siden av norsk asyl- og innvandringspolitikk, nærmere bestemt når en utlending har fått avslag og ikke vil returnere til hjemlandet, eller utlendinger som oppholder seg ulovlig i Norge. I 2011 uttransporterte Politiets utlendingsenhet 4744 personer med tvang, mange av dem hadde fått avslag på søknad om asyl i Norge.⁴ Politiets utlendingsenhet fikk i 2011 rettens medhold til å fengsle 622 utlendinger.⁵ Hvilke krav ved fengsling av en utlending følger av legalitetsprinsippet? Går norske myndigheter for langt i sin iver etter effektivitet når utlendinger skal uttransporteres? Bryter norske myndigheter Den europeiske menneskerettskonvensjonen når utlendinger skal fengsles i en utlendingssak? Misbruker norske myndigheter utlendingsloven slik at en utlending utsettes for selvinkriminering eller kan bli idømt dobbeltstraff? Er en utlendings rettssikkerhet like god som for en norsk statsborger når politiet begjærer fengsling ved unndragelsesfare? Vil endring av fremstillingsfristen ved fengsling bryte mot Den europeiske menneskerettskonvensjon

¹ Statsministerens kontor (2009) s. 69

² Utlendingsdirektoratet (2012) Tabell 17

³ Zhang (2008) s. 3

⁴ Politiets utlendingsenhet årsmelding (2012) s. 10

⁵ Husabø (2012) s. 6

(EMK)? Er utlendingsloven blitt en snikterrorlov? Kan Norge som et demokrati bygget på rettsstatens prinsipper være stolte av måten vi behandler utlendinger på? Disse spørsmålene diskuteres og søkes besvart i denne oppgaven. Norsk asyl- og innvandringspolitikk har vært mye debattert de siste 20 årene. Det er grunn til å tro at den er blitt mer restriktiv. Hva har dette betydd for bruk av tvangsmidler mot utlendinger?

I Grunnloven § 99 heter det:

«Ingen maa fængslig anholdes, uden i lovbestemt Tilfælde og paa den ved Lovene foreskrevne Maade ...»

Grunnloven setter grenser for fengsling både i straffesaker og utlendingssaker.⁶ Grunnlovsbestemmelsen er også anført som argument i utlendingssaker med langtidsfengsling opp legalitetsprinsippet.⁷ Det argumenteres i juridisk teori med at Grunnloven § 99 skal tolkes i samsvar med (EMK) og i henhold til praksis i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).⁸

I forarbeidene til den nye utlendingsloven av 2008 presiserte det daværende Arbeids- og inkluderingsdepartementet forskjellen i formål for bruken av tvangsmidler hjemlet i utlendingsloven og straffeprosessloven, og anga de ulike begrunnelsene for bruk slik:

«Formålet med bruk av straffeprosesslovens tvangsmidler er etterforskning og avklaring av straffbare forhold (straffesaker). Formålet med bruk av utlendingslovens tvangsmidler er at de skal være til hjelp i avgjørelsen eller gjennomføringen av vedtak i utlendingssaker (forvaltningssaker)».⁹

I utlendingssaker kan pågripelse og fengsling brukes for at en utlending ikke skal unndra seg uttransporteringsvedtak fattet av politiet eller Utlendingsdirektoratet. Straffeprosessloven gir også mulighet til å pågripe og begjære fengsling av både nordmenn og utlendinger med bakgrunn i unndragelse, men da i motsatt forstand, for å hindre at vedkommende unndrar seg straffeforfølgelse ved å flykte til utlandet.

⁶ Filtvet (2008) note 234

⁷ HR-1993-970-s

⁸ Filtvet (2008) note 234

⁹ Ot. Prp. nr 75 (2006-2007) s. 343

1.1 Presentasjon av emnet

Emnet for denne masteroppgaven er Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr 35 § 106 om pågrepelse og fengsling sett opp mot Den europeiske menneskerettskonvensjon med rettspraksis, og sammenlignet med tilsvarende bestemmelser i Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr 25.

I perioden 1.1-1.9.2012 ble 527 utlendinger fengslet med hjemmel i utlendingsloven § 106.¹⁰ Til sammenligning ble 163 personer fengslet med hjemmel i samme lov i 2003.¹¹ I 2011 søkte om lag 9100 personer om asyl i Norge, 6443 personer fikk avslag av Utlendingsdirektoratet.¹² Mange av disse ble pågrepet med hjemmel i utlendingsloven § 106. Der er grunn til å tro at om lag 15-20 prosent av dem som har søket asyl i løpet av et år, fengsles.

1.2 Problemstilling

Oppgavens problemstilling er: «Bryter utlendingsloven § 106 om pågrepelse og fengsling med Den europeiske menneskerettskonvensjon med tilhørende rettspraksis, og er det en problematisk forskjellsbehandling av utlendinger ved bruk av utlendingsloven sammenlignet med straffeprosesslovens regler?»

Det finnes per november 2012 ingen oppdatert lovkommentar til utlendingsloven § 106. Det er sentralt å belyse dagens rettstilstand. For å drøfte forholdet til EMK med praksis fra EMD, og forholdet mellom utlendingsloven § 106 og straffeprosessloven, har det vært viktig å vise de enkelte vilkårene i bestemmelsen og deres tilhørende praksis. Oppgaven vil belyse, der hvor det er relevant, hvorvidt utlendingsloven § 106 bryter med grunnprinsipper i EMK artikkel 8 nummer 2: om bestemmelsen er nødvendig i et demokratisk samfunn, om den har hjemmel i lov og om inngrepet er forholdsmessig. Forholdsmessighet er ikke en del av traktatteksten, men blir innfortolket.¹³

¹⁰ Bustø (2012)

¹¹ Justisdepartementet (2010) s. 5

¹² Utlendingsdirektoratet (2012) Tabell 17

¹³ Ot.prp. nr. 108 (2008-2009) s. 38

Oppgaven vil gjøre rede for de tre sentrale grunnlagene for pågrepelse og fengsling i utlendingsloven: identitet, unndragelse og andre grunnlag. Disse tre vurderes så opp mot tilsvarende bestemmelser i straffeprosessloven, dette for å vise lovenes parallellitet. Formålet er å vise eventuelle forskjeller i hvordan utlendinger og norske statsborgere blir behandlet av det norske rettssystemet. Utlendingsloven § 106 har også en direkte henvisning i lovteksten til straffeprosessloven: «Straffeprosessloven §§ 174 til 191 gjelder så langt de passer».¹⁴ For å se om norsk praksis er i overensstemmelse med menneskerettighetene, vurderes den enkelte bestemmelse i utlendingsloven § 106 opp mot relevante artikler i EMK med tilhørende praksis fra EMD.

Oppgaven vil belyse om lovendringen med ikrafttredelse i 2012 som medførte senkede sannsynlighetskrav for pågrepelse og fengsling på grunn av unndragelsesfare, bryter med EMK. Sentrale momenter er om pågrepsen og fengsling er «forholdsmessig» og «nødvendig i et demokratisk samfunn», og om det er lovhjemmel for dette.

1.3 Avgrensning

Denne oppgaven vil belyse hovedreglene i utlendingsloven § 106 første ledd bokstavene a-g med rettspraksis, samt annet ledd, og sammenlignet med relevante artikler fra EMK med praksis fra EMD. I tillegg vil fremstillingsfristen for domstolen bli behandles kort. Oppgaven vil også se på tilsvarende bestemmelser i straffeprosessloven §§ 170a, 171, 173, 181 og 188.

Av plasshensyn vil utlendingsloven § 106 tredje og fjerde ledd om kompetanse til å pågripe, og reglene om hvor lenge en utlending kan sitte fengslet, ikke bli omtalt. Reglene om straff ved brudd på utlendingsloven, jf. utlendingsloven § 108 vil ikke bli behandlet, da dette er straff og ikke fengsling. Oppgaven vil heller ikke belyse bytte av fengslingsgrunnlag mellom utlendingsloven og straffeprosessloven dersom en utlending har brutt begge lovene. Temaet er behandlet i juridisk teori.¹⁵ Oppgaven vil ikke

¹⁴ Utlendingsloven § 106 tredje ledd

¹⁵ Husabø (2012) s. 19-20, Utlendingsrett (2004) s 510-511

spesielt belyse barns situasjon ved bruk av tvangsmidler i henhold til utlendingsloven, ettersom temaet reiser en rekke andre problemstillinger.

Oppgaven vil heller ikke belyse EMK artikkel 8 nummer 1 om rett til respekt for privatliv og familieliv sett opp mot utlendingsloven § 106 bokstavene a (klarlegging av identitet) og g (terror). Grunnen til dette er at reglene om fengslingstid ligger i § 106 fjerde ledd samt av plasshensyn.

I denne oppgaven vil kun EMK med rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) bli omtalt. Av internasjonale rettskilder er EMK den mest anvendelige ved brudd på menneskerettighetene. Domstolens avgjørelser er bindende for norske domstoler, og domstolen har fattet et stort antall avgjørelser, noe som gir presedens for hvordan EMK skal tolkes. Andre internasjonale rettskilder er valgt bort av plasshensyn.

1.4 Metode og kilder

Denne masteroppgaven benytter klassisk rettskildelære bygget på Torstein Eckhoffs lære med vekt på å redegjøre for og drøfte paragrafer, internasjonale rettskilder og rettspraksis. Det benyttes modifisert Eckhoffs lære som følge av ny norsk rettspraksis på grunn av endringer i folkeretten og hvordan disse griper inn i norsk rett. En sentral rettskilde her, som vil bli belyst ytterligere i kapittel 2, er EMK med dynamisk tolkning fra EMD. EMD er gjennom lovverket og rettspraksis blitt en avgjørende tolkningsfaktor for hvordan konvensjonen skal forstås og hvilken inngripen den skal ha i norsk lovgivning. Høyesterett må ta hensyn til EMDs praksis når de skal avgjøre rettslige spørsmål.

Oppgaven vil vektlegge skriftlige kilder, svakheten med dette er manglende adgang til interne arbeidsdokumenter. I tillegg er utlendingsloven § 106 forholdsvis nylig revidert, og det det mangler publiserte kjennelser for deler av paragrafen og enkelte bestemmelser er ennå ikke benyttet. Det foreligger da kun forarbeider. Det er i oppgaven lagt vekt på forarbeidene fra departementene, grunnen til at dette er brukt og ikke stortingsbehandlingen, er at Stortinget ikke har endret forslagene til lovtekst når § 106 har blitt endret. Det kan også se ut til at initiativet til lovendringer har ligget hos

regjeringen og for tiden i Politi- og beredskapsdepartementet. Grunnen til dette kan være at regjeringen gjennom de siste syv år årene, Stoltenberg II-regjeringen, har flertall på Stortinget.

Det er gjennomført intervjuer for å belyse gjeldende rett og for å få frem relevante fakta. Disse har gitt bredere og oppdatert rettskildegrunnlag fra både politiet og forsvarernes/prosessfullmektigens side. Intervjuer har vært gjennomført med juridisk seksjon i Politiets utlendingsenhet ved politiadvokat Rolf Odner og med tidligere konsulent ved Oslo politidistrikt, nå student ved politihøgskolen, Alexander Babayan. Intervju har også gjennomført med advokat Bente Tjugum (i advokatfirmaet Hoff, Schøning & Tjugum DA), som er leder av lovutvalget for asyl- og utlendingsrett i Advokatforeningen. I tillegg har advokat og fast forsvarer i Oslo tingrett, Berit Reiss-Andersen (partner i Reiss-Andersen & Co) gitt intervju. Hun har tidligere vært både leder av Advokatforeningen og statssekretær for Arbeiderpartiet i det daværende Justis- og politidepartementet. Rådgiver Sigurd Bordvik i Innvandringsavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet har vært kontaktet for å avklare om det er ytterligere revisjoner av utlendingsloven § 106 på gang. Forfatteren har hatt kontakt med rådgiver Miran Skikic i asylavdelingen i Utlendingsdirektoratet for å få belyst dagens situasjon på asyl- og flyktningfeltet.

1.5 Egen posisjon

Forfatteren har jobbet som saksbehandler i asylavdelingen i Utlendingsdirektoratet siden 2007, og med arbeidssted hos Politiets utlendingsenhets administrasjon i Oslo i 2011-2012. Gjennom sitt arbeid har forfatteren fått bedre innblikk i problemstillingene som oppgaven reiser, og mer inngående kjennskap for å belyse emnet. Forfatteren er imidlertid ikke for nært knyttet til norske myndigheter på grunn av dette. I arbeidet har det vært viktig å få inn synspunkter fra flere hold, inkludert fra prosessfullmektiger til utlendinger i asylsaker.

2 Rettskildegrunnlaget

2.1 Lov og forarbeider for utlendingsloven av 2008

Gjeldende utlendingslov bygger på utlendingsloven av 1988. I desember 2001 nedsatte Bondevik II-regjeringen et lovutvalg for å utarbeide forslag til ny utlendingslov. Den

ble levert i oktober 2004.¹⁶ Utvalget fikk ikke særskilt mandat i forhold til pågrepelse og fengsling av utlendinger.¹⁷ Det ble foreslått, og departementet og Stortinget var enige i, at alle hjemlene for pågrepelse og fengsling, til forskjell fra tidligere, skulle samles i én paragraf, § 106.¹⁸ Departementet viste til at endringen var av informasjonshensyn.¹⁹

Utlendingsloven § 99 hjemler bruk av tvangsmidler i utlendingsloven generelt. Det presiseres at tvangsmidler kun skal brukes når det er nødvendig, og det skal ikke være et uforholdsmessig inngrep. Paragrafen er identisk med straffeprosesslovens § 170a. Dette er bevisst fra lovgivers side.²⁰

Utlendingsloven av 2008 trådte i kraft 1.1.2010.²¹ Siden har Stortinget endret loven tre ganger. § 106 har blitt endret alle disse gangene.²² Den første endringen innebar å gjennomføre EUs returdirektiv. Bakgrunnen for forslaget var å ha felles standarder og prosedyrer for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold i EU, samt Island, Liechtenstein, Norge og Sveits.²³ Resultatet ble en ny paragraf 106a som definerte fare for unndragelse nærmere. Lovendringen trådte i kraft 24.10.2010.²⁴ Neste lovrevisjon ble forelagt Stortinget i juni 2011. Justis- og politidepartementet ønsket å gjøre det enklere å bruke tvangsmidler i utlendingssaker på grunn av tidkrevende arbeid med identitetsavklaringer, i saker hvor utlendinger har begått kriminalitet og i saker hvor utlendinger utgjør en fare mot grunnleggende nasjonale interesser. Departementet ønsket også å gjøre det vanskeligere for utlendinger å utnytte asylsystemet, samt å effektivisere uttransporteringer.²⁵ Lovendringen trådte i kraft 1.3.2012.²⁶ Siste endring

¹⁶ NOU 2004:20 s. 1

¹⁷ *ibid.* s. 17-18

¹⁸ *ibid.* s. 20 s. 434

¹⁹ Ot. Prp. Nr. 75 (2006-2007) s. 447

²⁰ *ibid.* s. 444

²¹ Utlendingsloven § 127

²² Prop. 3 L (2010-2011) s. 64, Prp. 138 L (2010-2011) s. 62-63, Prop. 87 L (2011-2012) s. 6-7

²³ Prop. 3 L (2010-2011) s. 5

²⁴ Utlendingsloven § 106a

²⁵ Prop. 138 L (2010-2011) s. 5

²⁶ Utlendingsloven § 106

av § 106 var en rettelse i grunnlagene for pågripelse og fengsling. Endringen medførte at økning fra to til fem grunnlag for kortvarig fengsling. Departementet presiserte at endringen bare gikk ut på å rette en trykkfeil fra «til» til «og».²⁷ Lovendringen trådte i kraft 1.7.2012.²⁸

2.1.1 Rettspraksis

Det finnes omfattende rettspraksis for deler av utlendingslovens § 106. Denne bygger på 1988 lovens §§ 37 og 41. Dette gjelder spesielt saker om identitet og unndragelsesfare. Men i Lovdatas database er det kun 14 kjennelser hvor bruken av § 106 er vurdert eller nevnt.²⁹ Dette til tross for at Politiets utlendingsenhet gjennomførte 622 førstegangsfengslinger hjemlet i denne paragrafen bare i 2011. I tillegg hadde Oslo og Hordaland politidistrikter om lag 214 førstegangsfengslinger med samme grunnlag dette året.³⁰ Fra 1.1.2012 til 30.9.2012 hadde Politiets utlendingsenhet 527 førstegangsfengslinger og 262 refengslinger med hjemmel i utlendingsloven § 106.³¹ De siste årene har det vært gjort omfattende revisjoner av § 106 i utlendingsloven, få kjennelser i henhold til de nye delene av paragrafen er så langt blitt publisert. Forfatteren har fulgt syv fengslingssaker i Oslo tingrett og lest om lag ti kjennelser (upubliserte) hvor fengsling etter § 106 ble vurdert av domstolen. Alle kjennelsene er fra tiden etter at lovendringen trådte i kraft 1.3.2012.

2.1.2 Juridisk teori

Da den nye utlendingsloven trådte i kraft i 2010 kom også Utlendingsloven kommentarutgave, hvor Vigdis Vevstad og Grete Brochmann var redaktører. Det foreligger også to kommentarutgaver til 1988-loven. Utlendingsloven er kommentert i Gyldendal Rettsdata av Terje Einarsen. I mars 2012 fremla Erling Johannes Husabø og Annika Elisabet Suominen utredningen «Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler», på oppdrag fra Justis- og

²⁷ Prop. 87 L (2011-2012) s. 6-7

²⁸ Lovdata (2012) § 106

²⁹ Lovdata (2012) § 106

³⁰ Husabø (2012) s. 6

³¹ Bustø (2012)

politidepartementet.³² I 2007 skrev Thomas Hovden spesialoppgaven «Tvangsmidler etter utlendingsloven» ved det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, med utgangspunkt i utlendingsloven av 1988.³³ Både utredningen til Husabø og Suominen og spesialoppgaven til Hovden omhandler alle tvangsmidlene etter utlendingsloven og ikke kun pågrepelse og fengsling. Det finnes per i dag ingen oppdatert lovkommentar til utlendingsloven § 106. Denne oppgaven søker å belyse fengslingsvilkårene i bestemmelsen etter de nylige lovendringene.

2.2 Den europeiske menneskerettskonvensjon

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) trådte i kraft i 1953 og skal beskytte menneskerettighetene og de grunnleggende friheter i Europa, og representerer en viktig rettssikkerhetsgaranti. Konvensjonen gir både mistenkte i straffesaker og personer med utlendingssaker, rettigheter i forhold til hvilke tvangsmidler norske myndigheter kan bruke mot dem. I 1999 kom Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Denne skal ha forrang foran andre lover.³⁴ I menneskerettighetsloven er EMK inntatt i sin helhet. Hvordan EMK skal tolkes blir i siste instans bestemt av EMD i Strasbourg. Domstolen fatter sentrale rettsavgjørelser som får prejudikativ virkning og innvirkning på norsk internrett. I 1998 ble EMD omorganisert og enkeltpersoner fikk direkte klageadgang til domstolen.³⁵

Utlendingsloven fastslår at loven skal være i tråd med Norges internasjonale forpliktelser og internasjonale avtaler som Norge er bundet av.³⁶ I straffeprosessloven er det en tilsvarende bestemmelse hvor det heter at loven gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten.³⁷

³² Husabø (2012) s. 6

³³ Hovden (2007) s. 1, 11-12,

³⁴ Menneskerettsloven § 3

³⁵ European court of human rights (ukjent år)

³⁶ Utlendingsloven §§ 1 og 2.

³⁷ Straffeprosessloven § 4

2.2.1 Praksis i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

I Grunnloven heter det at «Høyesteret dømmer i sidste Instans».³⁸ Dette gjelder fortsatt i norsk rett. Imidlertid må Høyesterett rette seg etter avgjørelser fra EMD.³⁹ EMK utvikles stadig gjennom avgjørelser i EMD, og konvensjonens bestemmelser tolkes dynamisk.

I tolkingen av EMK er rettspraksis fra EMD sentralt og gir presedens for hvordan artiklene i konvensjonen skal forstås og tolkes i fremtiden. En person kan anlegge sak mot norske myndigheter hvis vedkommende mener at rettighetene gitt i EMK er krenket. Dersom vedkommende ikke vinner gjennom i det norske rettssystemet, kan personen anke saken inn for EMD for endelig avgjørelse.

Norge har aldri hatt saker til realitetsbehandling i EMD i spørsmål hvor utlendingsloven § 106 har vært belyst, men har hatt andre utlendingssaker til vurdering i Domstolen, for eksempel *Antwi and others v. Norway* i 2012. Saken gjaldt utvisningen av en ghanesisk borger fra Norge som hadde oppgitt uriktig identitet og om han var vernet mot utsendelse på grunn av sin familiesituasjon. Norge ble ikke dømt for brudd på EMK artikkel 8 i denne saken.⁴⁰ Oppgaven viser hvordan norske myndigheter bevisst har lagt opp til at lovbestemmelser i utlendingsloven skal ha samme ordlyd som i konvensjonen eller samme tolkningsmomenter som i konvensjonen.

Sentrale avgjørelser fra EMD vil bli redegjort for i denne oppgaven, men av kun de de viktigste artiklene med de mest sentrale dommene er tatt med.

³⁸ Grunnloven § 88

³⁹ Rt 2000 996 og EMK artikkel 46

⁴⁰ *Antwi and others v. Norway*

3 Utlendingsloven § 106 – hjemlene for pågrepelse og fengsling

Forholdsmessigheten ved pågrepelse og fengsling av en utlending må vurderes av politiet og domstolen i hver enkelt sak. I dette ligger å vurdere om det er et rimelig forhold mellom tvangsmiddelet og hva utlendingen har gjort eller kan gjøre, for eksempel forsøk på å unndra seg retur til hjemlandet.

Forarbeidene til utlendingsloven fra 2007 redegjør for at myndighetene i enkelte sammenhenger har behov for å bruke tvangsmidler mot utlendinger. På den ene siden argumenteres det med at disse må «fungere som effektive virkemidler ved bekjempelsen av ulovlig innvandring, samt å sikre retur av personer som ikke har lovlig opphold her». På den annen side argumenteres det at nettopp bruk av tvangsmidler er et inngrep i utlendingens «personlige sfære» og vil bli oppfattet som et inngripende tiltak av utlendingen.⁴¹ Politiet og domstolen må ta stilling til om en pågrepelse og fengsling er forholdsmessig.⁴² Dette må bygge på en konkret helhetsvurdering og individuelt i hver enkelt sak.

I utlendingsloven § 106 annet ledd er det lagt inn et vilkår fra lovgiver. «Det skal ikke besluttes pågrepelse eller fengsling dersom det vil være tilstrekkelig med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, jf. § 105». Bestemmelsen pålegger både politiet og domstolen alltid å vurdere et mildere tiltak enn pågrepelse eller fengsling.

Utlendingslovens § 99 første ledd regulerer bruk av tvangsmidler generelt og lyder: «Et tvangsmiddel kan bare brukes når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmiddelet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep...». Det vises i forarbeidene til at utlendingslovens § 99 første ledd er identisk med straffeprosesslovens § 170a.⁴³ Det vises videre til at tolking av rettspraksis og teori for straffeprosesslovens § 170a vil kunne være veiledende for utlendingslovens § 99 første ledd.⁴⁴ Begrepet «uforholdsmessig inngrep» i

⁴¹ Ot.Prp .75 (2006-2007) s. 345

⁴² EMK artikkel 8

⁴³ Ot.Prp .75 (2006-2007) s. 345

⁴⁴ ibid. s. 345

utlendingsloven § 99 er et generelt krav om forholdsmessighet.⁴⁵ I forarbeidene nevnes spesielt at det skal tas hensyn til alder, sykdom eller omsorgsforpliktelser, men at «sakens omfang og alvor» skal vektlegges. Arbeids- og inkluderingsdepartementet presiserer at det minst mulig inngripende tvangsmiddelet alltid skal brukes for å nå målet. Eksempler på formål som kan oppnås ved bruk av pågrepelse og fengsling er å klarlegge identitet eller hindre at en utlending unndrar seg uttransportering til hjemlandet. I forbindelse med iverksettelse av vedtak ønsker ikke departementet at barn skal pågripes og fengsles ved Politiets utlendingsinternat på Trandum.⁴⁶

For å få domstolens godkjenning for å fengsle en utlending anvender Politiets Utlendingsenhet følgende momenter: grunnvilkår, særlige grunner, forholdsmessighet og fengslingssurrogater.⁴⁷ Grunnvilkår er lovteksten og de krav den stiller for å kunne pågripe eller fengsle. Særlige grunner er for eksempel at en utlending aktivt motarbeider politiet i arbeidet med å klarlegge identitet. Forholdsmessighet er belyst ovenfor. Fengslingssurrogater kan være meldeplikt eller opphold på nærmere bestemt sted.⁴⁸

3.1 Identitet og fengsling

I 2010 var det kun ti prosent av asylsøkerne som hadde gyldige identitetspapirer da de søkte asyl i Norge.⁴⁹ En del asylsøkere ødelegger identitetspapirer på vei til Norge, noen etter råd fra en menneskesmugler. Det finnes også land hvor det ikke finnes identitetspapirer som norske myndigheter anerkjenner. Noen har fått beslaglagt sine identitetspapirer av myndighetene i hjemlandet. I noen saker velger imidlertid asylsøkeren bevisst å oppgi uriktige opplysninger om identitet for å få oppholdstillatelse i Norge og/eller for å vanskeliggjøre en retur til hjemlandet eller et annet Schengen-land.⁵⁰ I disse tilfellene kan det være aktuelt for politiet å bruke tvangsmidler.

⁴⁵ Ot.Prp .75 (2006-2007) s. 345

⁴⁶ ibid. s. 345-46

⁴⁷ Odner (2012)

⁴⁸ Utlendingsloven § 106

⁴⁹ Haugen (2011)

⁵⁰ Skikic (2012)

Å klarlegge en utlendings identitet er en av politiets sentrale oppgaver i utlendingssaker.⁵¹ Uriktig eller falsk identitet, tvil om denne, eller at utlendingen ikke samarbeider med myndighetene for å få klarlagt sin identitet, eller manglende medvirkning til å anskaffe nye ID-dokumenter, gir alle grunnlag for pågrep og fengsling. I utlendingslovens § 106 første ledd er det bokstavene a og e som regulerer dette: manglende samarbeid eller uriktig identitet (bokstav a) eller å ikke oppfylle plikten til anskaffelse av nye reisedokumenter (bokstav e). Formålet med fengslingen er å bringe personens identitet på det rene.⁵²

I løpet av de første åtte månedene i 2012 hadde Politiets utlendingsenhet 32 fengslinger på grunn av tvil om identitet.⁵³ Politiets utlendingsenhet opplyser imidlertid at en del utlendinger som står i fare for å unndra seg et negativt vedtak fra Utlendingsdirektoratet, hvor det også er tvil om identiteten, ofte bli fengslet på grunn av unndragelsesfare. Bakgrunnen for dette er at unndragelsesfare er et underliggende moment ved tvil om identitet.⁵⁴

3.1.1 Utlendingen oppgir uriktig identitet

Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a regulerer politiets adgang til å pågripe, og domstolens adgang til å fengsle, når «utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet i henhold til lovens § 21 eller § 83, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet»

Bestemmelsen har to forskjellige og uavhengige hovedvilkår som hver for seg gir hjemmel for pågrep og fengsling. Første vilkår har to alternative hjemler, og oppstiller krav om at utlendingen «ikke samarbeider» om å klarlegge sin identitet i samsvar med utlendingslovens §§ 21 eller 83. Utlendingsloven § 21 oppstiller krav om at utlendinger legitimerer seg og gir nødvendige opplysninger om sin identitet og om

⁵¹ Politidirektoratet (2012) s. 2

⁵² Ot.Prp.75 (2006-2007) s. 447

⁵³ Bustø (2012)

⁵⁴ Odner (2012)

lovligheten av opphold i, enten på grensen til Norge eller i landet.⁵⁵ Utlendingsloven § 83 pålegger en plikt til å medvirke til å avklare sin identitet.⁵⁶

Første ledd, bokstav a, første setning i utlendingsloven § 106 er et nytt tillegg til utlendingsloven fra mars 2012.⁵⁷

Forarbeidene fra 2010 presiserer at til forskjell fra tidligere, hvor det kunne fengsles hvis utlendingen nektet å oppgi sin identitet eller det var «skjellig grunn» for å tro at utlendingen oppga falsk identitet, kan nå vedkommende fengsles dersom «utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet». Justis- og Politidepartementet henviser til utlendingslovens §§ 21 og 83 som det også er vist til i bestemmelsen. Departementet skriver at gjennom å senke kravet for å kunne benytte tvangsmidler, vil dette «gjøre arbeidet med utlendingskontroll og tvangsreturer enklere.»⁵⁸ Departementet viste i forarbeidene fra 2007 også til at dersom en utlending ikke samarbeider om å få oppklart identiteten, kan dette «lett bidra til å trenere en sikker identitetsfastleggelse».⁵⁹ Departementet går ikke dypere inn i hvordan bestemmelsen skal tolkes.

Det er liten offentlig rettspraksis for første ledd bokstav a første setning i utlendingsloven § 106, fordi bestemmelsens ordlyd er ny.⁶⁰ Den offentlig tilgjengelige rettspraksis bygger i stor grad på tidligere bestemmelser på dette rettsområdet. Høyesterett har tidligere likestilt det å nekte å oppgi identitet med å oppgi falsk identitet.⁶¹ Juridisk avdeling i Politiets utlendingsenhet opplyser at de vanligvis ikke viser til høyesterettsdommer når de har behov for å pågripe eller fengsle en utlending, men viser kun til lovens ordlyd, da dette er tilstrekkelig.⁶² De viser videre til de senkede

⁵⁵ Utlendingsloven § 21

⁵⁶ Utlendingsloven § 83

⁵⁷ Utlendingsloven kommentarutgave (2010) s. 574

⁵⁸ Prop. 138 L (2010–2011) s 23–25

⁵⁹ Ot. prp nr 75 (2006–2007) s. 448

⁶⁰ Lovdata (2012)

⁶¹ Rt. 1993 950

⁶² Odner (2012)

kravene til sannsynlighet i nåværende sammenlignet med tidligere lovbestemmelse, og til forarbeidene til endringer i utlendingsloven fra 2011.⁶³

Det finnes lite oppdatert juridisk teori om problemstillingen at «utlendingen ikke samarbeider om å klarlegge sin identitet...», antageligvis fordi lovbestemmelsen er ny gjennom lovendringen i 2012. Kommentartutgaven til utlendingsloven er fra 2010, samme år som loven trådte i kraft. Gyldendal Rettsdata ved Terje Einarsen har også utarbeidet kommentarnoter, men er ikke oppdatert siden desember 2011.⁶⁴ I juridisk teori argumenteres det at å mangle ID-dokumenter, eller å unnlate å oppgi viktige opplysninger «knyttet til identitet» ikke er tilstrekkelig for pågrep eller fengsling.⁶⁵

Straffeprosessloven har ingen tilsvarende bestemmelse som angir en plikt til å anskaffe gyldige ID-dokumenter.

Det andre hovedvilkåret i § 106 første ledd bokstav a er at det er «konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen oppgir uriktig identitet». «Konkrete holdepunkter» kan forstås som at politiet har opplysninger som underbygger at det bevisst er oppgitt uriktige opplysninger.

«Uriktig identitet» kan være: identiteten til en person som ikke finnes, eller en annen persons identitet, eller bygger på dels riktige og dels uriktig identitetsopplysninger. Hva en identitet er, kan både være personlig for utlendingen og kulturelt betinget. Eksempler på dette er kallenavn eller kulturer som ikke skiller mellom fornavn og etternavn. Noen utlendinger har forsøkt å endre eller skjule sin identitet overfor forfølgere i hjemlandet, for eksempel gjennom falske identitetsdokumenter.⁶⁶ Før ble begrepet «falsk identitet» brukt, dette tilsvarer dagens «uriktig identitet». Departementet viser til at det ikke skal være noen meningsforskjell mellom begrepene.⁶⁷

⁶³ Politiets utlendingsenhet (2012) s. 26

⁶⁴ Utlendingsloven kommentartutgave (2010) og Einarsen (2011) note 296-301

⁶⁵ Utlendingsloven kommentartutgave (2010) s. 577

⁶⁶ Einarsen (2011) note 297

⁶⁷ Prop. 138 L (2010–2011) s. 27-28

Første ledd setning to, bokstav a i utlendingsloven § 106 tilsvarer utlendingsloven av 1988 § 37 sjette ledd, annet punktum og i tidligere utlendingslov av 2008 § 106 første ledd bokstav a. Med endringene i 2012 er ikke paragrafen lik 1998- eller 2008-paragrafen.

I forarbeidene fra 2011 berøres i liten grad andre hovedvilkår i bestemmelsen og begrepet «uriktig identitet».⁶⁸ Arbeids- og inkluderingsdepartementet slår fast i forarbeidene fra 2007 at det at en utlending mangler ID-dokumenter ved søknad om asyl, eller at politiet påtreffer personer som oppholder seg ulovlig i Norge, ikke i seg selv gir grunnlag for pågrep og fengsling med hjemmel i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a.⁶⁹ Departementet viser til at en fengsling innebærer at utlendingen ikke får «mulighet til å unndra seg politiets etterforskning for å bringe rett identitet på det rene».⁷⁰ Utlendingen kan, når vedkommende er fengslet, være tilgjengelig for «avhør, språktest, fremstilling ved ambassader mv., eller at utlendingens mulighet til å påvirke eventuelle vitner begrenses.» Det tar lang tid å få svar på fingeravtrykksundersøkelser og verifiseringsanmodninger fra andre land. Dette er også argumenter for å fengsle en utlending i saker hvor det er konkrete holdepunkter for å anta at «uriktig identitet» er oppgitt.⁷¹

En typisk kjennelse (upublisert) hvor utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a er benyttet, er en sak hvor Politiets utlendingsenhet ber om fengsling i fire uker på grunn av uriktig identitet og unndragelsesfare. Oslo tingrett kom til at det «foreligger konkrete holdepunkter for å anta at fremstilte oppgir uriktig identitet». Retten viste her til redegjørelse fra Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda, og anført identitet ble ikke lagt til grunn. Retten la videre vekt på at utlendingen ikke hadde fremlagt ID-dokumenter. Tingretten vurderte så om vilkårene i utlendingsloven § 106 første bokstav b var oppfylt. Retten kommenterte at politiet etter det opplyste, ønsket å fremstille søkeren på Den kongolesiske ambassaden og at utreise vil skje kort tid etter at politiet hadde mottatt reisedokumenter. Tingretten visete til at «[ut]fra det foreliggende anser

⁶⁸ Prop. 138 L (2010–2011) s. 23-28

⁶⁹ Ot.prp nr. 75 (2006-2007) s. 447

⁷⁰ *ibid.* s. 353

⁷¹ *ibid.* s. 447-448

retten at fengsling som bestemt ikke er et uforholdsmessig inngrep ovenfor fremstilte».⁷² Det ble også vist til at fremstilte kunne forkorte fengslingstiden ved å samarbeide med politiet. Politiets utlendingsenhet fikk medhold i inntil fire ukers fengsling.⁷³

Den offentlig tilgjengelige rettspraksisen bygger i stor grad på tidligere lovbestemmelse på rettsområdet. I en kjennelse fra Agder lagmannsrett i 2008 kom domstolen til at det å oppgi flere ulike identiteter og adresser gir grunnlag for fengsling: «Lagmannsretten kan vanskelig se annen grunn til benyttelsen av de ulike personalia og adresser enn et ønske om å villedde myndighetene og vanskeliggjøre samordningen av utlendingsmyndighetenes og politiets saksbehandling».⁷⁴

Politiets utlendingsenhet bruker følgende momenter for å underbygge «konkrete holdepunkter» for at en utlending oppgir uriktig identitet: språktest, anropslogg på mobiltelefon, resultater etter fremstilling på utenriksstasjon, og/eller at utlendingen ikke har forsøkt å anskaffe ID-dokumenter fra hjemlandet.⁷⁵ Å ødelegge fingeravtrykk ved å slipe ned huden på fingrene slik at disse ikke kan benyttes i politiets ID-arbeid, gir også grunnlag for pågrep og fengsling. Normalt vokser huden på fingrene ut etter cirka tre uker og Politiets utlendingsenhet ber derfor om fengsling mens huden på fingrene vokser ut igjen.⁷⁶ Vanligvis er det et titalls personer gjør dette årlig, men det går i bølger.⁷⁷

Advokat Berit Reiss-Andersen kan ikke se at de senkede kravene til sannsynlighet for å fengsle utlendinger på grunn av identitet har endret hvilke saker politiet begjærer fengsling i, og hvor vedkommende blir fengslet. Hennes oppfatning er at politiet ikke tar tvilssaker til retten hverken før eller nå.⁷⁸

⁷² Oslo tingretts kjennelse av 12. september 2012(1)

⁷³ Oslo tingretts kjennelse av 12. september 2012(1)

⁷⁴ LA-2008-006551

⁷⁵ Politiets utlendingsenhet (2012) s. 26

⁷⁶ Politiets utlendingsenhets (2005)

⁷⁷ Meisingset (2008) og Odner (2012)

⁷⁸ Reiss-Andersen (2012)

I juridisk teori blir det trukket frem at politiet ovenfor domstolen må redegjøre for hvordan de skal arbeide med å klarlegge den fremstiltes identitet.⁷⁹ Det kan diskuteres om det meste av juridisk teori for utlendingsloven § 106 bokstav a og bør tillegges mindre vekt ettersom den er skrevet før lovendringen (2012) som senket kravene til sannsynlighet.⁸⁰

Det er ingen bestemmelse i straffeprosessloven som gir politiet rett til å pågripe personer som ikke oppgir sin identitet. Imidlertid kan politiet med hjemmel i politilovens § 8 punkt 3 innbringe en person og holde vedkommende i inntil fire timer dersom identitet ikke oppgis når politiet forlanger det.⁸¹ Hvis personen etter disse timene fortsatt nekter å oppgi sin identitet, kan vedkommende bli anmeldt for overtredelse av straffeloven § 333.⁸² Etter fire timer kan personen pågripes med hjemmel i straffeprosessloven § 173, fordi vedkommende ikke avstår fra en kriminell handling, nemlig den å tilbakeholde identitet. Personen kan da bli sittende fengslet i tre dager før fremstilling for domstolen.⁸³ En person plikter å identifisere seg ovenfor domstolen.⁸⁴

3.1.1.1 Bryter utlendingsloven § 106 mot vernet mot selvinkriminering i Den europeiske menneskerettskonvensjonen?

Den relevante artikkelen i EMK er artikkel 6 nummer 1 og vernet mot selvinkriminering

Gjennom utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a plikter en utlending å medvirke til å oppgi identitet, hvis ikke risikerer vedkommende pågrep og fengsling. Spørsmålet er om bestemmelsen bryter med EMK artikkel 6 nummer 1, som lyder: «In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him,

⁷⁹ Utlendingsloven kommentarutgave (2010) s. 577

⁸⁰ Utlendingsloven kommentarutgave (2010) og Einarsen (2011) note 296-301

⁸¹ Politiloven § 8

⁸² Straffeloven § 333

⁸³ Babayan (2012)

⁸⁴ Straffeprosessloven §§ 90, 123

everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law...».

I begrepet “fair hearing” er et forbud mot selvinkriminering innfortolket.⁸⁵

I Funke v. France ble en fransk statsborger i 1980 pålagt å utlevere dokumenter etter en ransaking av hjemmet sitt fordi han var mistenkt for på brudd toll- og valutalovgivningen. Han ble idømt dagbøter ettersom han ikke etterkom pålegget. Frankrike ble dømt for brudd på EMK artikkel 6-1 om selvinkriminering. EMD kom til at Funke hadde rett «to remain silent and not to contribute to incriminating himself».⁸⁶

Spørsmålet er om det er brudd på selvinkrimineringsforbudet i EMK når utlendingen kan bli pågrepet og fengslet for manglende medvirkning til å oppklare identitet?

Gjennom tvungen identifisering, for eksempel ved å bli fremstilt på en utenriksstasjon mot sin vilje, kan utlendingen oppleve dette som selvinkriminering ettersom vedkommende gjennom identifisering kan bli returnert til hjemlandet. Spørsmålet er om plikten til å oppgi identitet bryter mot EMKs grunnprinsipper. Bestemmelsen har hjemmel i lov. Det kan også argumenteres at bestemmelsen er nødvendig i et demokratisk samfunn fordi det er viktig at myndighetene kan identifisere alle personer ved behov. Spørsmålet er da om bestemmelsen er forholdsmessig? Her kan lengden på fengslingsperioden være et sentralt moment, samt om utlendingen bevisst motarbeider en klarlegging av identitet fordi bruk av tvangsmidler da kan være nødvendig for å bringe identiteten på det rene.

I norsk strafferettsrettstradisjon står vernet mot selvinkriminering sterkt. Men det er klar praksis at en person må identifisere seg både ovenfor politi og domstol, og at det å identifisere seg ikke har vært vurdert som bidrag til egen domfellelse.⁸⁷ EMK med tilhørende rettspraksis har i løpet av de siste årene bidratt til å utvide vernet mot selvinkriminering i Norge. Særlig i konkurs og skattesaker, hvor en innbygger tidligere

⁸⁵ Funke v. France

⁸⁶ Funke v. France

⁸⁷ Straffeprosessloven §§ 90, 123

plikten å utlevere opplysninger til forvaltningen, har vernet mot selvinkriminering blitt styrket ved at denne plikten er blitt mer begrenset.⁸⁸

Spørsmålet er om en utlending er beskyttet mot tvungen medvirkning til å identifisere seg, og her må svaret bli nei. Det å klarlegge identiteten er viktig både i straffeprosessen og i utlendingsretten, selv om formålene dels er forskjellige. Å måtte oppgi egen identitet kan ikke sees på som brudd på selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nummer 1, fordi utlendingen gjennom fengslingen ikke blir straffet. Retur til hjemlandet etter et forvaltningsvedtak og er heller ikke en straff i henhold til straffeloven.⁸⁹ Imidlertid kan det både legge et utilbørlig press på, og være et uforholdsmessig inngrep mot utlendingen dersom fengslingen varer over tid.

Bokstav a er en av de mest sentrale bestemmelsene i utlendingsloven § 106. Gjennom lovendringen som trådte i kraft i mars 2012 har Stortinget utvidet hjemmelsgrunnlaget og senket terskelen for å kunne pågripe en utlending på grunn av identitetstvil. Det er nok at politiet har «konkrete holdepunkter for å anta» at en utlending har oppgitt uriktig identitet. Tidligere var vilkåret «skjellig grunn til å mistenke». Det er også interessant at personer som ikke er bosatt i Norge plikter å bære ID-dokumenter. Dette til forskjell fra norske statsborgere og utlendinger som er lovlig bosatt i Norge. Ved tvil om identitet kan disse gruppene bli innbrakt av politiet og i holdes i inntil fire timer.

3.1.2 Utlendingen mangler ID-papirer

Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav e regulerer en utlendings plikt til å skaffe seg identitetsdokumenter. I henhold til bestemmelsen kan en utlending pågripes og fengsles når «utlendingen ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten til å skaffe seg gyldig reisedokument, og formålet er å fremstille utlendingen for det aktuelle lands utenriksstasjon for å få utstedt reisedokument». Formålet med bestemmelsen er å gi politiet hjemmel for å kunne pågripe og begjære fengsling av utlendinger som ikke skaffer seg gyldige reisedokumenter som pass, nasjonalt ID-kort eller Laissez-passer.

⁸⁸ NOU 2003:7 kapittel 6

⁸⁹ Straffeloven § 15

Bestemmelsen tilsvarer § 41 femte ledd annet punktum i utlendingsloven av 1988 og gammel første ledd bokstav c i utlendingsloven § 106 av 2008. Bokstav c ble endret til bokstav e gjennom lovendringen som trådte i kraft i 2012. Selve ordlyden ble ikke endret.⁹⁰

I forarbeidene er det lagt vekt på at dersom «utlendingen ikke har gjort det som er nødvendig for å oppfylle plikten til å skaffe seg gyldig reisedokument», kan vedkommende pågripes og fengsles. Utlendingen må ha unnlatt å oppfylle plikten til anskaffe reisedokumenter før fengsling er aktuelt som tvangsmiddel.⁹¹ Det vises til utlendinger som nekter å ta kontakt med hjemlandets utenriksstasjon i Norge eller i et annet nordisk land.⁹² I tillegg må det være fattet vedtak om at vedkommende må forlate riket.⁹³ Det presiseres i forarbeidene at utlendingen kun kan fremstilles til hjemlandets, og ikke til et annet lands, utenriksstasjon. Politiet kan imidlertid fremstille utlendingen for den utenriksstasjonen som de mener er utlendingens hjemland, selv om vedkommende anfører at det ikke er det.⁹⁴

I Lovdata finnes det lite rettspraksis hvor utlendingsloven § 106 første ledd bokstav e er brukt. I en kjennelse fra Oslo tingrett fra 2011 ønsket politiet å fengsle en antatt nigeriansk statsborger på nytt utover tolvukersfristen, jf. utlendingslovens § 106 fjerde ledd. Politiet hjemlet fengslingen i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a, b og c (nåværende e). Bakgrunnen for begjæringen var at Nigeria hadde fått ny konsul ved ambassaden i Stockholm, og politiet hadde et håp om at vedkommende skulle være mer samarbeidsvillig enn den tidligere konsulen i klarlegging av identiteten. Politiet fikk ikke medhold i videre fengsling fordi Oslo tingrett mente at dette var et uforholdsmessig inngrep. Fremstilte ble kun ilagt meldeplikt.⁹⁵

⁹⁰ Gyldendal Rettsdata (2012) § 106 endringer

⁹¹ Ot.prp nr 17(1998-1999) s. 73

⁹² *ibid.* s. 70

⁹³ *ibid.* s. 448

⁹⁴ *ibid.* s. 73

⁹⁵ TOSLO-2011-33112

En del land krever at landets statsborgere frivillig må ønske å returnere til hjemlandet for at myndighetene skal bistå i returprosessen. Disse landene, for eksempel Iran, nekter å utstede pass til landets innbyggere ved en utenriksstasjon, hvis ikke utlendingen selv medvirker.⁹⁶ Hvis en utlending ikke vil samarbeide, vil ikke hjemmelen kunne brukes, og avskjærer således bruken av fengsling for personer som kommer fra disse landene.

Politiets utlendingsenhet opplyser at de sjelden bruker utlendingsloven § 106 første ledd bokstav e som hjemmel for fengsling av utlendinger fordi grunnlaget for fengsling bortfaller etter at utlendingen er fremstilt på en utenriksstasjon. Utlendingen må eventuelt fengsles på nytt, dersom politiet mener at vedkommende vil undra seg en uttransportering fra Norge.⁹⁷

I straffeprosessloven finnes ingen bestemmelse som krever anskaffelse av gyldige ID-dokumenter.

3.1.2.1 Bryter bestemmelsen om tvungen fremstilling på utenriksstasjon med Den europeiske menneskerettskonvensjonen?

Den relevante artikkelen i EMK er artikkel 6 nummer 1 om vern mot selvinkriminering. Det vises til drøftelsen tidligere under punkt 3.1.1.1. Den eneste forskjellen her at denne bestemmelsen kun gir politiet hjemmel for å pågripe og fengsle en utlending for å kunne fremstille vedkommende ved en utenriksstasjon.

Mange utlendinger som har fått avslag på sin asylsøknad og som skal returneres til hjemlandet, kan frykte for livet selv om norske myndigheter vurderer at de ikke er i fare. Disse vil sannsynligvis ikke ønske å medvirke til å anskaffe nye reisedokumenter som muliggjør en retur til hjemlandet. Å pågripe og fengsle en utlending kan være et utilbørlig press fra myndighetenes side for å klarlegge identiteten. Det vises her til forarbeidene til tilsvarende bestemmelse i utlendingsloven av 1988: «Fengsling etter § 41 er dessuten av en spesiell karakter fordi utlendingen til enhver tid kan få fengslingen

⁹⁶ Holmås (2011)

⁹⁷ Odner (2012)

bragt til opphør ved at vedkommende frivillig skaffer seg reisedokument og returnerer til hjemlandet». ⁹⁸ Med hjemmel i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav e kan myndighetene fengse en utlending i opptil tolv uker, eller ved «særlige grunner» i inntil 18 måneder. ⁹⁹ Det kan stilles spørsmål ved om tvungen fremstilling på utenriksstasjon for å klarlegge identitet og fremskaffe identitetsdokumenter bryter mot selvinkrimineringsvernet i EMK? Her må svaret bli nei. Konvensjonen verner ikke en utlending mot myndighetenes legitime arbeid for å kunne identifisere alle personer ved behov, og for å kunne returnere utlendinger til hjemlandet med hjemmel i lov.

3.2 Forsvinning og fengsling

I perioden 2008-2011 forsvant anslagvis 6500 asylsøkere sporløst i Norge. ¹⁰⁰

Det er grunn til å tro at de fleste av asylsøkerne som forsvinner har fått avslag på sin søknad om asyl og de velger da å forsvinne fordi de ikke ønsker å bli hjemsendt eller returnert til det første Schengenlandet hvor de søkte asyl. Utlendinger som forsvinner sporløst kan oppholde seg skjult i Norge eller dra til andre Schengenland. ¹⁰¹

Iverksetting av uttransportering for å hindre at en utlending unndrar seg et vedtak, er i tillegg til ID-arbeid blant de viktigste oppgavene politiet har i forbindelse med utlendingssaker. ¹⁰² I utlendingslovens § 106 første ledd er det bokstavene b, c og f som regulerer dette. Unndragelse er første hjemmel (bokstav b). Andre hjemmel er at en utlending som har søknad til behandling ikke overholder meldeplikten eller pålagt oppholdssted (bokstav c). Den siste hjemmelen er for utlendinger som er i transitt i norsk lufthavn og sendes ut til tredjeland (bokstav f).

I perioden 1.1.-31.9.2012 hadde Politiets utlendingsenhet 495 førstegangsfengslinger med unndragelsesfare som grunn. ¹⁰³

⁹⁸ Ot.prp nr 17(1998-1999) s. 73

⁹⁹ Utlendingsloven § 106 fjerde ledd

¹⁰⁰ Brekke (2012) s. 69

¹⁰¹ Skikic (2012)

¹⁰² Politidirektoratet (2012) s. 2-3

¹⁰³ Bustø (2012)

EMK har en egen bestemmelse som hjemler uttransportering av utlendinger (artikkel 5 nummer 1 bokstav f). Konvensjonen har i tillegg slått fast retten til å få prøve en fengsling innen rimelig tid (artikkel 5 nummer 4). Det er også et generelt forbud mot diskriminering (artikkel 14).

3.2.1 Utlendingslovens unndragelsesparagraf

Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b lyder: når «det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket», kan vedkommende pågripes og fengsles.

Av bestemmelsen fremgår det hvilke «konkrete holdepunkter for å anta» politiet må ha for at en utlending vil unndra seg iverksettelsen av et vedtak om å forlate Norge. (for eksempler se side 28). Bestemmelsen må også forstås dithen at det allerede må være fattet et vedtak om at vedkommende må forlate Norge.

Av forarbeidene fra 2011 fremgår det at Justis- og politidepartementet foreslår å senke terskelen for å kunne pågripe og fengsle en utlending med hjemmel i utlendingsloven § 106 bokstav b fra «mest sannsynlig» til «konkrete holdepunkter for å anta».¹⁰⁴ Det vises videre til at departementet mener at en effektiv returpolitikk er en av de største utfordringene i asylpolitikken. Departementet mener at folkeretten ikke står i veien for å senke terskelen for fengsling. Det vises til EMK og til en mer liberal fengslingspraksis i Sverige og Finland. Departementet presiserer at begrepet «konkrete holdepunkter for å anta» innebærer at «bevis- og sannsynlighetsvurderingen må basere seg på konkrete, objektive forhold».¹⁰⁵

Utlendingsloven § 106 bokstav b bygger på gammel Utlendingslov av 1988 § 41 femte ledd første punktum, og tidligere bestemmelse i § 106 bokstav b som ble endret med ikrafttredelse 1.3.2012.¹⁰⁶ Det finnes mye offentlig rettspraksis som bygger på bestemmelsene som gjaldt før 1.3.2012. Imidlertid gjør den lavere terskelen for pågrep og fengsling at mye av denne praksisen nå er mindre relevant.

¹⁰⁴ Prop. 138 L (2010–2011) s. 23, og Gyldendal Rettsdata (2012) § 106 endringer

¹⁰⁵ Prop. 138 L (2010–2011) s. 26

¹⁰⁶ Gyldendal Rettsdata (2012) § 106 endringer og Ot.prp 75 2006–2007 s. 448

I en kjennelse fra Oslo tingrett (upublisert) fra september 2012 begjærer politiet fengsling i en uke for å sikre at en utlending ikke unndrar seg iverksettelsen av vedtak om å forlate Norge. Politiet følger her opp Utlendingsdirektoratets vedtak om uttransportering til Tyskland med hjemmel i Dublin II-forordningen. Tingretten legger i kjennelsen vekt på at utlendingen under rettsmøtet uttrykte «klar motvilje mot retur til Tyskland».¹⁰⁷ I kjennelsen vektlegges det at utlendingen har vært registret forsvunnet fra asylmottak uten å oppgi ny adresse. Det vises også til en annen dom fra Oslo tingrett hvor det fremkommer at utlendingen tidligere er straffedømt, uten at det fremkommer for hvilket forhold. Domstolen har videre vektlagt at den fremstilte ikke har opplyst om kontakt med tyske utlendingsmyndigheter før han søkte asyl i Norge. På grunn av unndragelsesfaren kom tingretten til at alternativer til fengsling ikke var anvendelige. Retten uttalte også at fengsling i en uke ble ansett «i betraktning av sakens art og omstendighetene for øvrig ikke som noe uforholdsmessig inngrep». Fremstilte godtok kjennelsen.¹⁰⁸

I en fersk kjennelse fra Høyesterett ble en del av ordlyden i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b tolket. Det rettslige spørsmålet Høyesterett tok stilling til var begrepet «riket» i bestemmelsen. Borgarting lagmannsrett hadde kommet til at «riket» kun var Norge og ikke andre Schengenland. Utlendingen hadde reist til et annet land i Schengenområdet for å unndra seg retur til hjemlandet. Vedkommende anførte at han hadde fulgt vedtaket og forlatt Norge. Høyesterett viste til utlendingsforskriften § 17-14a, hvor det står at utlendingen har en plikt til å forlate hele Schengenområdet, og ikke bare Norge.¹⁰⁹ Bestemmelsen er nå å forstå som at «riket» i utlendingsloven § 106 bokstav b innebærer hele Schengenområdet.

En annen kjennelse som kan trekkes frem er politiets begjæring om fengsling av den russiske statsborgeren Madina Salomova («Maria Amelie-saken»). Saken fikk stor medieoppmerksomhet.¹¹⁰ Politiet begjærte fengsling i to uker på grunn av

¹⁰⁷ Oslo tingretts kjennelse av 12. september 2012(2)

¹⁰⁸ Oslo tingretts kjennelse av 12. september 2012(2)

¹⁰⁹ HR-2012-1701-U

¹¹⁰ Aune (2011)

unndragelsesfare med hjemmel i utlendingsloven § 106 b jf. § 106a bokstavene a, b og h, jf. § 99.¹¹¹ Salomova ble fengslet i to uker av Oslo tingrett, men kjennelsen ble anket til lagmannsretten. Borgarting lagmannsrett kom til at Salomova måtte settes fri mot meldeplikt og opphold på kjent bosted. Lagmannsretten kom, som tingretten, til at det etter en «totalvurdering har funnet at unndragelsesfare foreligger.» Lagmannsretten uttalte imidlertid at «Det vises til at A er en offentlig kjent person som vanskelig kan skjule seg. Lagmannsretten kan heller ikke se at det ville tjene hennes sak å unndra seg utsendelse.»¹¹² Politiet anket kjennelsen til Høyesterett, men Høyesterett som kun kan vurdere saksbehandlingen og lovanvendelsen, mente at beslutningen fra Borgarting var riktig.¹¹³

Ved begjæring om førstegangsfengsling med hjemmel i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b, viser Politiets utlendingsenhet til bestemmelsens ordlyd og de nye senkede kravene til sannsynlighet, og videre til forarbeidene for endringer i utlendingsloven.¹¹⁴ Konkrete holdepunkter for å fengsle kan være: utlendingen har oversittet utreisefristen, eller har forsvunnet fra asylmottaket og oppholdt seg på ukjent sted uten å oppgi ny oppholdsadresse, eller kan være straffet og utvist fra riket eller kan ha oppgitt uriktig nasjonalitet til norske myndigheter.¹¹⁵ Juridisk avdeling i Politiets utlendingsenhet opplyser at bestemmelsen om unndragelsesfare i mange tilfeller blir brukt i stedet for mange av de nye bestemmelsene i § 106.¹¹⁶ Dette med bakgrunn i at bokstav b kan gi et bedre hjemmelsgrunnlag for å fengsle en utlending, og at mange av de nye bestemmelsene er spesialbestemmelser.¹¹⁷

Fast forsvarer i Oslo tingrett, advokat Berit Reiss-Andersen, kan ikke se at kravene til sannsynlighetsovervekt har blitt endret selv om lovbestemmelsen har det. Hun peker imidlertid på at terskelen for å kunne pågripe og fengsle en utlending ikke er spesielt

¹¹¹ LB-2011-7417

¹¹² LB-2011-7417

¹¹³ Rt 2011 41 og straffeprosessloven § 388

¹¹⁴ Politiets utlendingsenhet (2012) s. 26

¹¹⁵ *ibid.* s. 26

¹¹⁶ Odner (2012)

¹¹⁷ Odner (2012)

høy. For eksempel blir vilkåret om «konkrete holdepunkter» oppfylt dersom en utlending som har fått endelig avslag har forsvunnet fra asylmottaket, og vedkommende etter forsvinningen har oppholdt seg på ukjent sted uten å oppgi ny adresse.¹¹⁸

I 2010 ble 3277 personer varetekstfengslet i Norge med hjemmel i straffeprosessloven.¹¹⁹ Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b har to paralleller i straffeprosessloven som er aktuelle ved unndragelse: § 171 første ledd 1 punkt om unndra seg forfølgelse, og § 173 annet ledd om bosted utenfor Norge. Straffeprosessloven § 183 flg. regulerer vilkårene for fengsling.

Straffeprosesslovens § 171 første ledd punkt 1 lyder: «Den som med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder, kan pågripes når: 1) det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler...».

Grunnvilkåret i paragrafen er skjellig grunn til å mistenke en person for en kriminell handling med strafferamme på minst seks måneder. Med «skjellig grunn» menes sannsynlighetsovervekt. Et generelt vilkår er at tvangsmiddelet ikke må innebære et uforholdsmessig inngrep.¹²⁰ I tillegg må minst ett av vilkårene 1-4 være oppfylt, i denne sammenheng er det vilkår 1 som er relevant.

Første ledd nummer 1 omtaler «unndragelsesfaren». I juridisk teori trekkes det frem at politiet og domstolen må vurdere hvilken tilknytning den siktede har både til Norge og til andre land. Det argumenteres i juridisk teori med at vurderingen av «unndragelsesfaren» er en sammensatt vurdering. Begrepet «grunn til å frykte» forutsetter at det må foreligge «konkrete, objektive momenter i den enkelte sak» for å kunne pågripe og begjære fengsling på grunn av unndragelsesfare. Domstolen må også foreta en «fullstendig og forsvarlig individuell vurdering». I juridisk teori argumenteres det med at straffeprosessloven § 171 første ledd nummer 1 ikke krever sannsynlighetsovervekt. Momenter i denne vurderingen kan være hvor streng straffen

¹¹⁸ Reiss-Andersen (2012)

¹¹⁹ Statistisk sentralbyrå (2012)

¹²⁰ Bjerke (2011) s. 606

kan bli, og den siktedes tilknytning til et hjemsted i Norge. Det at den siktede har tilknytning til utlandet trenger ikke å være avgjørende i spørsmålet om unndragelsfaren, men at den siktede ikke er norsk statsborger kan være relevant.¹²¹

I juridisk teori blir *Smirnova v. Russia* fra EMD i 2003 trukket frem som en skranke. Her ble to russiske søstre dømt åtte og seks års fengsel for svindel, men ble til slutt frikjent fordi forbrytelsene var foreldet. Under etterforskningen hadde de blitt varetekstfengselet i lang tid og fratatt innenrikspasset. Russland ble dømt for flere brudd på EMK.¹²² I EMD-dommen blir de siktedes tilknytning til staten der strafforfølgingen pågår samt formuesverdier, internasjonale kontakter, personlighet og karaktertrekk trukket frem som momenter av betydning for å vurdere unndragelsesfaren.¹²³

Et annet hjemmelsgrunnlag i straffeprosessloven som kun er rettet mot utlendinger, er lovens § 173 annet ledd. Bestemmelsen lyder: «Det samme gjelder den mistenkte som ikke vites å ha fast bopel i riket, når det er grunn til å frykte for at han ved flukt til utlandet vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrding av straff eller andre forholdsregler».

I juridisk teori argumenteres det med at begrepet «ikke vites å ha å ha fast bopel i riket» må forstås som at bestemmelsen ikke kan brukes dersom siktede har fast bosted i Norge, og det henvises videre til at utlendinger som ikke har fast bopel i Norge lettere kan «antas å flykte utenlands enn nordmenn», spesielt dersom de ikke har familie her. Det vises videre til at bestemmelsen er mest relevant hvis beslag av førerkort eller pass ikke er tilstrekkelige tvangsmidler. Det fremholdes også at fengsling kan være aktuelt dersom den siktede kommer fra et land uten utleveringsavtale med Norge.¹²⁴ Imidlertid er det grunn til å tro at selv om det eksisterer en utleveringsavtale, kan fengsling likevel benyttes.

¹²¹ Bjerke (2011) s. 622

¹²² *Smirnova v. Russia*

¹²³ Bjerke (2011) s. 623

¹²⁴ Bjerke (2011) s 635

3.2.1.1 Bryter utlendingsloven § 106 med reglene i Den europeiske menneskerettskonvensjonen om diskriminering og utsendelse av utlendinger?

De relevante artiklene i EMK er artikkel 1 første ledd bokstav f om utsendelse av utlendinger og artikkel 14 om diskriminering.

EMK artikkel 5 nummer 1 bokstav f lyder: «the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition»

Første delsetning gir politiet og domstolene gjennom en «lawful arrest or detention» mulighet til å stoppe en person som kommer til Norge ved en «unauthorised entry». Siste ledd gir politiet og domstolene rett til å bruke «lawful arrest or detention» mot en utlending når vedkommende blir «taken» «with a view to deportation or extradition».

To relevante dommer for tolkning av EMK og tersklene for pågrepelse og fengsling av utlendinger er Saddi v. The United Kingdom og Mikolenko v. Estonia.

I Saddi v. The United Kingdom var utgangspunktet at en irakisk statsborger ble nektet innreise til Storbritannia i 2000. Vedkommende ble holdt fengslet sammen med andre asylsøkere slik at han var tilgjengelig for behandling av asylsøknaden gjennom en hurtigprosedyre. EMD mente at fengslingen ikke var et brudd på artikkelen, men Storbritannia ble dømt for andre brudd på konvensjonen. Domstolen slo fast et krav om forholdsmessighet, men ikke noe krav om å vurdere mindre inngripende tvangsmidler.¹²⁵

I Mikolenko v. Estonia var saken at en russisk statsborger i 2003 ble nektet å forlenge sin oppholdstillatelse. Han satt internert fra 2003 til 2007, da han ble sluppet fri. EMD mente at fengslingen var et brudd på konvensjonens artikkel 5 nummer 1 bokstav f. Dommen har blitt en skranke fordi den presiserer at det ikke er krav om

¹²⁵ Saddi v. The United Kingdom

unndragelsesfare eller særskilte grunner for å hjemle en fengsling i saker hvor en utlending skal bli sendt ut av et land.¹²⁶ Dommen presiserte også et krav om aktivt arbeid med en utsendelsesprosess, men domstolen satte ikke en generell maksimalgrense for fengslingstid av utlendinger.¹²⁷

EMK artikkel 5 nummer 1 bokstav f åpner for å kunne pågripe og fengsle utlendinger når de skal uttransporteres. Av rettspraksis som sett ovenfor oppstilles det i tillegg krav om vurdering av forholdsmessighet og aktivt arbeid med en utsendelsesprosess. Det er imidlertid ikke krav om unndragelsesfare. Med denne bakgrunn må konklusjonen være at unndragelsesbestemmelsen i utlendingsloven ikke bryter med artikkel 5 nummer 1 bokstav f.

Norsk rettspraksis ser ikke ut til å bryte med artikkel 5 nummer 1 bokstav f, da domstolene gjennom loven er pålagt å vurdere forholdsmessighet og mindre inngripende tvangsmidler. I tillegg må politiet godtgjøre at de jobber aktivt med å returnere utlendingen. Det kan også se ut til at norske myndigheter aktivt ønsker å tilpasse lovverket til konvensjonsartikkelen. Det kan argumenteres med at bestemmelsen er nødvendig i et demokratisk samfunn for å kunne uttransportere utlendinger med hjemmel i lov når dette er nødvendig.

Et annet spørsmål er om de senkede kravene til sannsynlighet i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b bryter mot EMK artikkel 14 om diskriminering.

EMK artikkel 14 lyder: «The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status».

Det sentrale her er at artikkel 14 først kan påberopes hvis det allerede foreligger brudd på en av de andre artiklene i konvensjonen. Denne artikkelen er således aksessorisk. Bestemmelsen tar sikte på ramme usaklig forskjellsbehandling.¹²⁸

¹²⁶ Mikolenko v. Estonia

¹²⁷ Mikolenko v. Estonia

¹²⁸ Prop. 138 L (2010–2011) s. 17

Når en domstol skal vurdere om artikkel 14 er brutt, argumenterer Justis- og politidepartementet for følgende: faller det anførte innenfor en konvensjonsartikkel? Hvis så, foreligger det en forskjellsbehandling. Spørsmålet blir videre om det foreligger forskjellsbehandling eller om det er ulikhet i tilsynelatende like saker. Hvis det fortsatt foreligger en forskjellsbehandling, må en stille seg spørsmålet om denne «har en objektiv og rimelig forklaring».¹²⁹

Spørsmålet er om de senkede kravene til sannsynlighet ved pågrep og fengsling av en utlending er et brudd på EMK artikkel 14. En relevant sammenligning er straffeprosesslovens regler om fengsling. Den sentrale forskjellen er «konkrete holdepunkter» i utlendingsloven sammenlignet med straffeprosesslovens tilleggsvilkår om det er «grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff...». Praktiseringen av straffeprosessloven i domstolene viser at det skal svært lite til for å kunne fengsle en utlending med begrenset tilknytning til Norge, når domstolen må vurdere unndragelsesfaren.¹³⁰ Det er her mulig å argumentere med at tilleggsvilkåret «om grunn til å frykte» ikke krever sannsynlighetsovervekt eller «skjellig grunn til mistanke» som er i hovedvilkåret i straffeprosessloven § 171.

Spørsmålet er om det er usaklig forskjell i terskelen for fengsling av en norsk statsborger som bor i Norge, sammenlignet med en utlending uten tilknytning til Norge. Svaret må her bli nei, da det med rette må kunne antas at utlendingen lettere kan unndra seg enn en nordmann, og det er da ikke snakk om diskriminering. Advokatforeningen mener at det er problematisk at de senkede kravene til sannsynlighet i forbindelse med fengsling på grunn av unndragelsesfare innebærer at «stort sett alle utlendinger med avslag på søknader kan fengsles».¹³¹ Er det da i realiteten noen forskjell mellom utlendingslovens formulering om «konkrete holdepunkter for å anta» og straffeprosesslovens «grunn til å frykte»? Terskelen for å kunne fengsle en utlending med hjemmel i straffeprosessloven er lav når tilleggsvilkåret om unndragelsesfare er

¹²⁹ *ibid.* s. 17-18

¹³⁰ Tjugum (2012)

¹³¹ Advokatforeningen (2010) s. 4

oppfylt.¹³² Det går an å hevde at de to begrepene har lik terskel for når vilkåret om fengsling er oppfylt. Utfra en normal språklig vurdering krever ingen av begrepene sannsynlighetsovervekt (minst 51 prosent). Det må være da være grunn til å tro at begge bestemmelsene krever mindre enn 50 prosent, men åpenbart mer enn én prosent.

Det å senke kravene til sannsynlighet for fengsling med bakgrunn i unndragelse med hjemmel i utlendingsloven, kan sees som et effektiviseringstiltak fra myndighetene. Mot dette ønsket om effektivisering står prinsippet om rettssikkerhet. Imidlertid ser det ikke ut som om de senkede kravene er et brudd på artikkel 14 i EMK.

Gjennom lovendringen i mars 2012 kan det argumenteres for at Stortinget valgte å prioritere effektivitet fremfor rettssikkerhet. Dette kan føre til at utlendinger lettere kan fengsles med hjemmel i utlendingsloven enn nordmenn og utlendinger kan etter straffeprosessloven. På den annen side kan det synes som om terskelen for å fengsle utlendinger med begrenset tilknytning til Norge, med hjemmel i straffeprosessloven også har vært svært lav, og at forskjellen således hverken var eller er stor. Lovendringen kan sørge for en mer effektiv returpolitikk, noe regjeringen ønsker, slik at tallet på personer som oppholder seg ulovlig i Norge kan reduseres.¹³³ Statistisk sentralbyrå beregnet i 2008 at det var om lag 18000 personer som oppholdt seg ulovlig i Norge.¹³⁴ Når det gjelder den praktiske bruken av bestemmelsen kan det være interessant å se på begrunnelsen for ikke å fengsle Madina Salomova. Kjennelsen i saken kan sees som unntak fra daværende praksis og gjeldende rett. Lagmannsretten kom til at unndragelsesfare forelå, men mente at meldeplikt var tilstrekkelig da Salomova var en «kjent person» og at det ikke «ville tjene hennes sak å unndra seg utsendelse».¹³⁵ Saken fikk stor oppmerksomhet i media og det kan stilles spørsmål ved om domstolen lot seg påvirke av dette. Borgarting lagmannsrett fikk kritikk av Høyesterett for å ha kommentert «forhold ved pågripelsen som ligger utenfor det som er sakens tema...».¹³⁶ Det virker også klart at utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b ikke bryter mot

¹³² Reiss-Andersen (2012)

¹³³ Zhang (2008) s. 3 og Statsministerens kontor (2009) s. 70-71

¹³⁴ Zhang (2008) s. 3

¹³⁵ LB-2011-7417

¹³⁶ Rt 2011 41

EMK, da norske myndigheter bevisst har sett hen til denne da utlendingsloven ble vedtatt i 2008 og i endringene siden.

3.2.1.2 Hvis fengslingsbestemmelsen i utlendingsloven § 106 blir endret vil den da bryte med Den europeiske menneskerettskonvensjonen i unndragelsessaker?

I høring til endringer til utlendingsloven i 2010 foreslo Justis- og politidepartementet at fristen for fremstilling av en utlending for domstolen skulle endres fra én til senest tre dager etter pågrepelse.¹³⁷ Mange høringsinstanser var negative til forslaget. Da de endelige forslagene til endringer i utlendingsloven kom i 2011, var ikke endring av fremstillingsfristen tatt med.¹³⁸ Forslaget er fortsatt «til vurdering».¹³⁹ En person som ønsker å være anonym har opplyst til forfatteren at Justis- og beredskapsdepartementet for tiden arbeider med et slikt lovendringsforslag.¹⁴⁰

Hvis Justis- og beredskapsdepartementet foreslår en endring av fremstillingsfristen for utlendinger, kan dette være et brudd på EMK i saker hvor utlendinger blir fengslet på grunn av unndragelsesfare?

De relevante bestemmelsene i EMK er artikkel 5 nummer 4 om rask rettergang og artikkel 14 om diskriminering.

EMK artikkel 5 nummer 4 lyder: «Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful».

¹³⁷ Justisdepartementet (2010) s. 2

¹³⁸ Prop. 138 L (2010–2011) s. 9

¹³⁹ Bordvik (2012)

¹⁴⁰ Personen ønsker å være anonym, men identiteten er kjent for forfatteren

Bestemmelsen krever at den som blir «deprived of his liberty by arrest or detention» skal få prøvd «lawfulness of his detention». Dette må skje “speedily” og vedkommende skal bli satt fri av domstolen hvis «the detention is not lawful».

Det sentrale med denne bestemmelsen er at domstolen skal kunne prøve om vilkårene for fengsling er tilstede.¹⁴¹ Domstolen må også ha hjemmel til å sette personen fri. Prinsippet om domstolens adgang til å prøve rettmessigheten av fengslingen er slått fast i *Chahal v. The United Kingdom*, hvor en person skulle utleveres til India på grunn av «reasons of national security». Personen ble holdt lenge fengslet uten at vedkommende fikk prøvd sin sak. Storbritannia ble blant annet dømt for brudd på EMK artikkel 5 nummer 4.¹⁴²

Hvis fremstillingsfristen blir endret til tre dager og uttransportering fra Norge har startet innen de tre dagene, vil utlendingen i utgangspunktet ikke få prøvd om pågripelsen var lovlig. Domstolen får heller ikke mulighet til å kunne sette utlendingen fri, for eksempel mot meldeplikt. Kravet om «speedily» i artikkelen kan således være brutt. Hvis denne lovbestemmelsen blir vedtatt bør det vurderes å gi prosessfullmektigen rett til å begjære løslatelse i domstolen før det har gått tre dager hvis ikke, er det ingen reel domstolskontroll. En slik hjemmel krever imidlertid en aktiv prosessfullmektig, og muligens aktivitet som går utenfor hva som må kunne forventes av en denne.

En relevant dom fra EMD er *Conka v. Belgium*. Saken dreide seg om en familie fra Slovakia som ble sendt ut av Belgia etter at familien hadde vært fengslet i fem dager. Det var ikke mulig for familien å få prøvd fengslingen for en domstol. Belgia ble dømt for flere brudd på EMK, inkludert artikkel 5 nummer 4. Domstolen mente at familien hadde rett på en domstolsprøving.¹⁴³

I forarbeidene til utlendingsloven fra 2007 var det daværende Arbeids- og inkluderingsdepartementet negativ til å endre fremstillingsfristen av hensyn til

¹⁴¹ Utlendingsloven § 106 tredje ledd

¹⁴² *Chahal v. The United Kingdom*

¹⁴³ *Conka v. Belgium*

utlendings rettsikkerhet.¹⁴⁴ I høringsbrevet til endringer i utlendingsloven fra 2010 argumenterer derimot Justis- og politidepartementet med at fremstillingsfristen bør endres fordi mange asylsøkere som kommer til Norge får avslag, og at en endring kan effektivisere returarbeidet. Departementet viser også til Europakommisjonens aksept for en tre dagers fremstillingsfrist i forbindelse med tolking av returdirektivet sett hen til praksis i EMD.¹⁴⁵

Tross en eventuell endring av fremstillingsfristen fra én til tre dager i saker hvor en utlending blir pågrepet på grunn av unndragelsesfare, kan utlendingens rettsikkerhet og artikkel 5 nummer 4 ivaretas. Imidlertid kan det stilles spørsmål ved lovligheten av dette når EMK artikkel 14 om diskriminering også skal vurderes. Det sentrale her er om senkede krav til sannsynlighet i kombinasjon med en forlenget fremstillingsfrist for fengsling kan være brudd på artikkel 14.

På den ene side kan det anføres at en tredagersfrist for fremstilling for domstolen er i overensstemmelse med EMDs praksis, og at de senkede kravene til sannsynlighet også følger praksis fra domstolen. En tredagersfrist for fremstilling er regelen som gjelder for nordmenn og andre utlendinger i Norge når fengsling skal vurderes i straffeprosessaker. Advokatforeningen mener imidlertid prinsipielt at en tredagers fengslingsfrist isolert sett «ikke vil stride mot våre [Norges] folkerettslige forpliktelser».¹⁴⁶

På den annen side kan fengsling være urimelig dersom det viktigste argumentet er «effektivisering». Tiltak for «effektivisering» bør som prinsipp aldri gå på bekostning av rettsikkerhet, og særlig i spørsmål om frihetsberøvelse. Dette synet har departementet også tidligere hatt: «Etter departementets vurdering må hensynet til utlendingens rettssikkerhet, ved at utlendingen tidlig får prøvet saken for retten, veie tyngre enn effektiviseringshensyn».¹⁴⁷

Spørsmålet er om en endret fremstillingsfrist bryter med EMKs grunnprinsipper?

¹⁴⁴ Ot.prp 75 2006-2007 s. 354

¹⁴⁵ Justisdepartementet(2010) s.14-15 og 35-36

¹⁴⁶ Advokatforeningen (2010) s. 7

¹⁴⁷ Ot.prp nr. 75 (2006-2007) s. 354

Per i dag har ikke bestemmelsen hjemmel i norsk lov ettersom den ikke er vedtatt, men det er ikke grunn til å tro at den vil bryte med EMK artikkel 5. I spørsmålene om den er forholdsmessig og nødvendig i et demokratisk samfunn kan det argumenteres både for og i mot som over. Det sentrale er hvorvidt en slik bestemmelse er nødvendig i et demokratisk samfunn fordi en utlending kan bli utsatt for fengsling uten reel domstolskontroll med senkede krav til sannsynlighet i vurdering om unndragelsesfare, og således dårligere rettssikkerhet enn i dag.

Det er grunn til å tro at en endret fremstillingsfrist ikke vil medføre brudd på EMK, men det er likevel sider ved dette som er problematisk. Det blir spennende å se om departementet foreslår å endre fremstillingsfristen og hvordan Stortinget i så fall vil stille seg til dette.

3.2.2 Fengsling når en ikke overholder meldeplikt eller tvunget bosted

Utlendingsloven første ledd bokstav c kom inn i utlendingsloven med ikrafttredelse fra 1.3.2012 og lyder: en utlending kan pågripes og fengsles når «utlendingen ikke overholder meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted etter § 105 første ledd bokstav c, og utlendingen har en sak til behandling som ikke er endelig avgjort eller tidspunktet for utreisefristen ennå ikke er inntrådt».

Meldeplikt eller bestemt oppholdssted kan pålegges når utlendingen er asylsøker eller er utlending som oppholder seg ulovlig i Norge. Vedkommende må i tillegg enten være straffet eller bli tatt på fersk gjerning i en straffbar handling som kan gi fengsel i minst seks måneder.¹⁴⁸

Bestemmelsen har to vilkår og gir politiet og domstolen hjemmel til å pågripe og fengsle utlendinger som ikke overholder meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted. Den som er pålagt meldeplikt må melde seg på lokal politistasjon eller lensmannskontor en eller flere ganger i uken som pålagt av politiet eller domstolen. En utlending kan også pålegges et bestemt oppholdssted, for eksempel et asylmottak. Bestemmelsen åpner for at politiet kan fengsle en utlending selv om en søknad om asyl

¹⁴⁸ Utlendingsloven § 105

ikke er ferdigbehandlet, eller at utlendingen formelt sett ennå ikke har plikt til å forlate Norge etter vedtak hos politiet, Utlendingsdirektoratet eller Utlendingsnemnda.

Justis- og politidepartementet oppgir som begrunnelsen for lovendringsforslaget at det er et økende problem at asylsøkere og utlendinger med ulovlig opphold i Norge begår kriminalitet. Departementet viser til at det kan forekomme alvorlig uro på asylmottak og at det derfor kan være behov for å spre beboerne som står bak uroen, eventuelt til andre asylmottak. Departementet angir at et pålegg om et bestemt bosted eller opphold i en kommune ikke bryter mot EMK artikkel 5 om retten til frihet og sikkerhet. I forarbeidene vises det til utlendingsforskriften § 18-12 «om at et pålegg om bestemt oppholdssted ikke må begrense bevegelsesfriheten mer enn det som er nødvendig for å ivareta de hensyn som begrunner pålegget». Departementet forutsetter at det ikke blir noen inngående kontroll av pålegget. Det sentrale er at et brudd på pålegget gir politiet mulighet til å begjære fengsling av utlendingen.¹⁴⁹ Det vises videre i forarbeidene til at en fortsatt fengsling med hjemmel i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav c har som vilkår at det pågår en aktiv saksprosess og at fengslingen ikke er uforholdsmessig. Det presiseres at grunnlag for fengsling bortfaller når det er fattet endelig vedtak i saken, og hvis politiet da ser behov for videre fengsling må dette hjemles i unndragelsesfare.¹⁵⁰

Før lovendringen trådte i kraft 1.3.2012 var det ingen særregel som hjemlet pågripelse og fengsling av utlendinger som brøt pålegg om bestemt bosted eller meldeplikt. Det er ingen kjent rettspraksis for bruk av utlendingsloven § 106 første ledd bokstav c.¹⁵¹ Juridisk avdeling i Politiets utlendingsenhet opplyser at de ikke kjenner til at hjemmelen har blitt benyttet ennå. De ser på bestemmelsen som et mulig virkemiddel dersom en beboer lager alvorlig uro på et asylmottak.¹⁵² Advokat Berit Reiss-Andersen er heller ikke kjent med at denne bestemmelsen er benyttet ennå. Imidlertid har hun ikke fått tatt alle sine forsvarervakter i løpet av det siste året.¹⁵³

¹⁴⁹ Prop. 138 L (2010–2011) s. 33

¹⁵⁰ Prop. 138 L (2010–2011) s. 59-60

¹⁵¹ Odner (2012)

¹⁵² Odner (2012)

¹⁵³ Reiss-Andersen (2012)

Det foreligger ingen oppdatert juridisk teori for utlendingsloven § 106 første ledd bokstav c.¹⁵⁴ Utlendingsloven kommentarutgave, før det hadde kommet en Lex specialis bestemmelse, mener at politiet, om nødvendig med makt, kan bringe en utlending tilbake til stedet han var pålagt opphold. Kommentarutgaven mener videre at hjemmel for pågrep og fengsling for dette fantes i utlendingsloven.¹⁵⁵

Det finnes tilsvarende bestemmelser om pålagt meldeplikt eller bosted i straffeprosessloven § 181 (av påtalemyndigheten) og § 188 (domstolen).

Utgangspunktet her er at påtalemyndigheten mistenker en person for å ha begått en handling som minst kan gi seks måneders fengselsstraff, jf. straffeprosessloven § 171. Brudd på meldeplikt eller tvunget bosted kan medføre pågrep jf. samme paragraf.

3.2.2.1 Bryter utlendingsloven § 106 mot Den europeiske menneskerettskonvensjonen om frihet til å bevege seg hvor en vil i et land?

Den relevante artikkel i EMK er tilleggsprotokoll 4 artikkel 2 som regulerer pålegg om bestemt bosted.

Bestemmelsen lyder: «1 Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. (..)

3 No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety for the maintenance of 'ordre public', for the prevention of crime, for the protection of rights and freedoms of others.

4 The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society».

¹⁵⁴ Utlendingsloven kommentarutgave (2010) og Einarsen (2011) note 296-301

¹⁵⁵ Utlendingsloven kommentarutgave (2010) s. 573

Hovedregelen er at alle personer «within the territory of a State» har «right to liberty of movement» og «freedom to choose his residence».

Punkt 3 fastslår at unntaket kun kan gjøres på grunn av «interests of national security» eller «public safety for the maintenance of 'ordre public', for the prevention of crime, for the protection of rights and freedoms of others».

Punkt 4 gir myndighetene rett «in particular areas» til å innføre «restrictions» «in accordance with law» når det er «justified by the public interest». Unntakene kan kun gjøres i et «democratic society». I forarbeidene til utlendingsloven fra 2007 skriver Justis- og politidepartementet at «lawfully» i punkt 1 skal forstås som at oppholdet i en stat må være lovlig. Departementet viser til forarbeidene til EMK hvor retten til bevegelsesfriheten gjelder for utlendinger med lovlig opphold i en stat, men ikke ved ulovlig innreise eller hvis det er fattet vedtak om utvisning.¹⁵⁶ EMD har gjennom dommer tolket bestemmelsen og sagt noe om hvor langt en stat kan gå i å pålegge bestemt bosted eller meldeplikt.

En relevant dom fra EMD er Raimondo v. Italy. Saken gjaldt en mafiamistenkt pålagt strenge restriksjoner som meldeplikt, forbud mot å forlate hjemmet uten å orientere politiet samt begrensninger i bevegelsesfriheten på kvelds- og nattestid. EMD mente at dette var et brudd på tilleggsprotokoll 4 artikkel 2 fordi det innebar uforholdsmessig store begrensninger. Imidlertid kom domstolen til at dette likevel var nødvendig «for the maintenance of 'ordre public'» og «for the prevention of crime». Italia ble likevel dømt for å ha fortsatt med restriksjonene etter at en italiensk domstol hadde opphevet dem.¹⁵⁷

En annen relevant dom er Guzzardi v. Italy fra 1980. Et mistenkt mafiamedlem ble pålagt opphold på en «fangeøy», samt pålagt meldeplikt i 16 måneder. EMD mente at en må foreta en konkret vurdering i hver sak hvor momenter som tiltakets art, tidsrom, virkning og gjennomføring er sentrale for å vurdere hva som er frihetsinnskrenkning og hva som er fengsel. Italia ble ikke dømt for brudd på tilleggsprotokoll 4 artikkel 2, men krenkelse av EMK artikkel 5, da retten mente kumulativt at personen var «deprived of

¹⁵⁶ Prop. 138 L (2010–2011) s. 13

¹⁵⁷ Raimondo v. Italy

his liberty».¹⁵⁸ Dommen er interessant fordi den trekker opp forskjellen mellom frihetsinnskrenkning (pålegg om bestemt bosted og meldeplikt) og fengsling.

Spørsmålet er da om utlendingsloven § 106 første ledd bokstav c om pågrepelse og fengsling når en utlending ikke overholder meldeplikten eller pålegg om bestemt bosted, bryter med tilleggsprotokoll 4 i EMK?

Det grunnleggende er først om det er brudd på konvensjonen at utlendinger blir pålagt bestemt oppholdssted eller meldeplikt. For ikke å bryte med EMK må en fengsling være lovlig, her vil undervilkåret være at det å pålegge bestemt oppholdssted eller meldeplikt er lovlig etter konvensjonen. Som sett ovenfor gir ikke konvensjonen det samme vernet til personer som har kommet illegalt inn i et land, sammenlignet med statsborgere av landet eller andre med lovlig opphold. Illegale personer kan således pålegges begrensinger i hvor de kan oppholde seg. Imidlertid må begrensingene følge av lov, noe det gjør her. I henhold til utlendingsloven § 106 må inngrepet være nødvendig i et demokratisk samfunn, og inngrepet må være forholdsmessig. Det er grunn til å tro at forholdsmessighetsvilkåret er oppfylt i bokstav c, da politiet først må ha prøvd et mindre inngripende virkemiddel som pålagt bosted eller meldeplikt. Når det gjelder spørsmålet om «nødvendig i et demokratisk samfunn», argumenter Justis- og politidepartementet med at landene som har undertegnet EMK har stor frihet til å tolke denne bestemmelsen, men vurderingen må gjøres i rimelighet og i god tro. Det å føre en normalt aktiv utlendingskontroll kan sees å være i samsvar med dette. Bestemmelsen har også hjemmel i lov slik det er oppstilt krav om i EMKs grunnprinsipper.

Politiet og domstolene kan bruke pågrepelse og fengsling ved brudd på meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted som adekvate virkemidler i utlendingskontroll i Norge. Det kan argumenteres med at bestemmelsen virker hensiktsmessig fordi meldeplikt eller pålagt oppholdssted er mindre inngripende tvangsmidler enn pågrepelse eller fengsling. For at pågrepelse og fengsling skal være aktuelt må utlendingen selv bryte pålegget, i tillegg til at vedkommende allerede må ha medvirket til bråk eller uro. Bestemmelsen legger også opp til at politiet kan fengsle personer som har en asylsøknad til behandling

¹⁵⁸ Guzzardi v. Italy

eller hvor det ikke foreligger et endelig vedtak i saken. Dette kan være problematisk, fordi utlendingen ikke trenger å ha gjort noe straffbart. På den annen side er formålet med bestemmelsen å kunne pågripe eller fengsle utlendinger som skaper stor uro på asylmottak. I juli 2010 ble flere ventemottak satt i brann av enkelte beboere.¹⁵⁹ Da dette skjedde hadde politiet ingen hjemmel i utlendingsloven for å gripe inn ovenfor de involverte. Bestemmelsen kan sees som et av flere tiltak norske myndigheter gjorde etter disse ildspåsettelsene. Ved å innføre utlendingsloven § 106 første ledd bokstav c har politiet i samarbeid med Utlendingsdirektoratet nå flere hjemler til å møte uro og skadeverk. Forslaget kan sees som et politisk forslag. Det kan videre argumenteres med at ved skadeverk og dersom man ikke retter seg etter pålegg fra politiet, kan det gi grunnlag for vanlig etterforskning og straffeforfølgelse og at det ikke trengs noen spesialbestemmelse i utlendingsloven for dette.

3.2.3 Fengslingsgrunnlag for utlendinger i transitt som skal uttransporteres

Gjennom FRONTEX (EUs organisasjon for beskyttelse av yttergrensene) samarbeider nå Norge med andre europeiske land om felles retur av utlendinger. I 2011 deltok Politiets utlendingsenhet på 22 felles uttransporteringer organisert gjennom FRONTEX.¹⁶⁰ Ved disse returene leier ett av Schengenlandene et fly og det organiseres fellestransport fra flere Schengenland til utlendingenes hjemland.

Første ledd bokstav f kom inn i utlendingsloven § 106 med ikrafttreden 1.3.2012.

Bestemmelsen lyder: en utlending kan pågripes og fengsles når «utlendingen er i transitt i norsk lufthavn, med sikte på utsendelse...». Denne skal gi politiet hjemmel til å pågripe utlendinger som er i transitt i norsk lufthavn i forbindelse med uttransportering, eksempelvis hvis transporten er et samarbeid mellom flere land.

I forarbeidene går det frem at Justis- og politidepartementet ønsket å «tydeliggjøre» hjemmelen for slik fengsling gjennom en egen bestemmelse. Før lovendringen var det kun utlendingslovens hjemmel om unndragelsesfare som kunne brukes dersom det var behov for fengsling av utlendinger i transitt. I proposisjonen pekes det på at hjemmelen

¹⁵⁹ Fosse (2012)

¹⁶⁰ Politiets utlendingsenhet (2012) s. 10

kan brukes ved mellomlanding og transitt av utlendinger. Det blir også vist til samarbeidet mellom Norge og andre europeiske land i regi av FRONTEX.¹⁶¹ EUs transittdirektiv gir hjemmel for anmodning om assistanse fra én Schengenstat til en annen i forbindelse med transitt av tredjelandsborgere.¹⁶²

Det er ingen tilsvarende bestemmelse i straffeprosessloven, med unntak av den generelle unndragelsfare i § 171. En parallell i utlendingsloven blir § 106 første ledd bokstav b om unndragelsesfare. Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav f er midlertid en *Lex specialis* bestemmelse. Juridisk avdeling i Politiets utlendingsenhet opplyser at de ennå ikke har brukt hjemmelen i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav f. Politiets utlendingsenhet opplyser videre at de tidligere har brukt utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b om fare for unndragelse.¹⁶³ Forarbeidene gir ingen nærmere anvisning om bruk av hjemmelen, Politiets utlendingsenhet sier at den kan være aktuell for eksempel ved teknisk feil på fly som skal benyttes eller ved dårlig vær. Politiets utlendingsenhet viser videre til at utlendinger i transitt som blir pågrepet eller satt inn på Politiets utlendingsinternat på Trandum, formelt må pågripes av norsk politi eller fengsles av domstolen, fordi utlendingsinternatet er underlagt norsk jurisdiksjon.¹⁶⁴

3.2.3.1 Bryter utlendingsloven § 106 mot reglene i Den europeiske menneskerettskonvensjonen angående utsendelse av utlendinger i transitt?

Den relevante artikkelen i EMK er artikkel 1 første ledd bokstav f om utsendelse av utlendinger. Det vises her til tidligere drøftelse under punkt 3.2.1.1. Den eneste forskjellen her er at det kun er unndragelsesfare for utlendinger i transitt som omfattes av bestemmelsen, og ikke utlendinger i Norge som kan unndra seg uttransportering.

¹⁶¹ Prop. 138 L (2010–2011) s. 43

¹⁶² 2003/110/EF

¹⁶³ Odner (2012)

¹⁶⁴ Odner (2012)

Bestemmelsen har utvidet hjemmelsgrunnlaget for å pågripe utlendinger, og kan sees som en implementering av EUs transittdirektiv i norsk lov. Bestemmelsen kan forstås slik at den kun skal brukes unntaksvis som følge av dårlig vær, force majeure og der hvor landingstillatelser i utgangspunktet var i orden. Men det kan også tenkes at man har å gjøre med en utlending som er farlig, utagerende eller vanskelig å håndtere. Den kan oppfattes som en snever bestemmelse fordi den kan tolkes som om utlendingen må være i transitt i «norsk lufthavn». Dette kan for eksempel utelukke transitt i en havn eller i en buss.

3.3 Kriminelle, terror og fengsling

Det har i flere år vært et problem at utlendinger som oppholder seg ulovlig i Norge misbruker retten til å søke asyl. Blant annet søker de asyl etter at de har blitt tatt for salg av narkotika eller pågrepet for annen kriminalitet. I 2011 ble 531 utlendinger pågrepet for narkotikasalg. Mange av disse er vanskelig å sende ut av Norge på grunn av tvil om identitet, eller der uttransportering lar seg gjøre så kommer de raskt tilbake til Norge.¹⁶⁵

Norge og andre land i Europa har i de siste årene opplevd at asylsøkere har vært aktive i terror eller oppfordret til terror. Norske eksempler på dette er flykapreren Souhaila Andrawes. Hun var i 1977 med på å kapre et Lufthansa-fly i hvor flykapteinen ble drept under kapringen.¹⁶⁶ Hun søkte senere asyl i Norge. En annen kjent person fra media er Najumuddin Faraj Ahmad (Mulla Krekar). Norske myndigheter mener at Krekar har ledet terroristgruppen Ansar al-Islam i Irak. Han ble utvist fra Norge i 2005, fordi norske myndigheter mener at han er en fare for «rikets sikkerhet».¹⁶⁷ I begge sakene, ble personenes bakgrunn først kjent flere år etter at de hadde kommet til Norge og fått oppholdstillatelse. Lovendringen i 2012 viser at norske myndigheter ønsker å være føre var og ha hjemler for fengsling av utlendinger som er terrorister, inntil politiet kan uttransportere dem fra Norge.

Gjennom lovendringen som trådte i kraft 1.3.2012 fikk politiet hjemmel for å pågripe og begjære fengsling av «kriminelle utlendinger» som var straffedømt og utvist

¹⁶⁵ Strand (2012)

¹⁶⁶ Rt 1995 1228

¹⁶⁷ Rt 2007 s 1573

(bokstav d). Lovendringen ga også hjemmel for å fengsle personer som er en fare for «grunnleggende nasjonale interesser» (bokstav g).¹⁶⁸

3.3.1 Utviste kriminelle utlendinger

Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav d lyder: en utlending kan pågripes og fengsles når «det er truffet vedtak om utvisning og vedtaket er endelig eller det er ikke gitt utsatt iverksettelse i forbindelse med klage, jf. § 90, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse. Det er et vilkår at utlendingen er utvist på grunn av ilagt straff, og at det ut fra utlendingens personlige forhold er fare for at vedkommende vil begå nye straffbare handlinger».

Flere vilkår må være oppfylt for at paragrafen skal kunne benyttes for å pågripe eller fengsle en utlending. Første vilkår er at Utlendingsdirektoratet har fattet vedtak om utvisning, at dette er endelig, og at det er ikke gitt samtykke til utsatt iverksettelse av vedtaket med hjemmel i utlendingslovens § 90. Denne bestemmelsen regulerer myndighetenes adgang til å iverksette uttransporteringsvedtaket med hjemmel i utlendingsloven. I tillegg kommer søkerens selvstendige plikt til å forlate Norge frivillig etter vedtak. Paragrafen oppstiller videre krav til når utsatt iverksettelse gis, og vilkårene rundt dette.¹⁶⁹

Første setning stiller krav om at det «treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse». Bestemmelsen kan leses som om myndighetene har en aktivitetsplikt til å arbeide for å sende en utlending ut av Norge. Annet ledd stiller krav om at utlendingen er ilagt en straff og at den har medført utvisning. Videre oppstilles det krav om at det er en fare for at utlendingen skal begå nye straffbare handlinger i Norge.

I forarbeidene trekkes det frem at utlendingsloven § 106 første ledd bokstav d «bør benyttes overfor utlendinger som utgjør en trussel mot offentlig orden». Justis- og politidepartementet mener videre at det ikke bør stilles krav om strafferamme eller til alvoret av det straffbare forholdet. Departementet legger vekt på at «Hensikten er særlig

¹⁶⁸ Utlendingsloven § 106

¹⁶⁹ Utlendingsloven § 90

å fange opp utlendinger som er kommet til Norge med det formål å begå kriminalitet i profittøymed.» Bakgrunnen for forslaget er å kunne holde en utlending fengslet mens politiet arbeider med å få utvisningsvedtaket effektivt. Hovedregelen er at utlendinger skal uttransporteres samtidig med at en dom er sonet ferdig. Formålet med bestemmelsen er å gi myndighetene fortsatt hjemmel for å kunne fengsle utlendinger når det foreligger praktiske returhindringer. Departementet fremholder at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for nye kriminelle handlinger for å oppfylle vilkåret i bestemmelsen. Det presiseres at bestemmelsen ikke kan brukes mot borgere som er omfattet av den frie bevegeligheten etter EØS-avtalen, men at å returnere en utlending til et annet EU/EØS-land ikke skal by på praktiske hindringer.¹⁷⁰

Det er ingen kjent rettspraksis for bruk av utlendingsloven § 106 første ledd bokstav d.¹⁷¹ Politiets utlendingsenhet ved juridisk avdeling kjenner ikke til at hjemmelen har blitt benyttet. De har hittil brukt utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b om fare for unndragelse, men ser på bokstav d som et nytt virkemiddel mot utlendinger som for eksempel selger narkotika og som søker asyl ved pågripelse.¹⁷² Advokat Berit Reiss-Andersen er heller ikke kjent med at denne bestemmelsen er benyttet ennå.¹⁷³

Fordi dette er en ny bestemmelse i utlendingsloven er den ikke kommentert i juridisk teori. Den mest sammenlignbare bestemmelsen i straffeprosessloven er § 171. Det er imidlertid en vesentlig forskjell, § 171 hjemler bare fengsling før en sak er avgjort rettslig. I Straffeprosessloven § 171 vilkår 3 heter det at «det antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i seks måneder...». Her er tilleggsvilkåret for å kunne fengsle på grunn av gjentakelsesfare at «det antas påkrevd for å hindre». I følge juridisk teori stilles det større krav til «antakelsen» om at det er fare for at en person skal begå nye straffbare handlinger. Det kreves her «sterk grad av sannsynlighetsovervekt» til forskjell fra vilkår 1 hvor det kun kreves «grunn til å frykte». Det vises videre i juridisk teori til at det må foreligge «konkrete opplysninger» som begrunner hvorfor en person skal begå en ny

¹⁷⁰ Prop. 138 L (2010–2011) s. 39-40

¹⁷¹ Odner (2012)

¹⁷² Odner (2012)

¹⁷³ Reiss-Andersen (2012)

straffbar handling. Konkrete holdepunkter kan være kriminalitetens art, hyppighet, karaktertrekk og personens livssituasjon.¹⁷⁴

3.3.1.1 Bryter utlendingsloven § 106 med vernet mot dobbeltstraff i Den europeiske menneskerettskonvensjonen?

Den relevante artikkel i EMK er tilleggsprotokoll nummer 7 artikkel 4 om dobbeltstraff. Artikkelen lyder: «No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State...».

Bestemmelsen slår fast forbudet mot dobbeltstraff, det vil si at en person ikke skal dømmes flere ganger for det samme forholdet. Det sentrale her er formuleringen «finally acquitted or convicted».

Relevante dommer for tolkning av tilleggsprotokoll nummer 7 artikkel 4 og hva som skal forstås som dobbeltstraff er Zolotukhin v. Russia og Maaoui v. France.

I Zolotukhin v. Russia ble en person dømt for å ha tatt med kjæresten sin inn på et militært område uten tiltalelse. Gribovskiy District Court dømte personen til tre dagers «detention» for «minor disorderly acts». Under arrestasjonen og politiavhøret ble personen oppgitt å ha vært truende og fornærmende, og vedkommende ble tiltalt for dette, men ble til slutt frikjent på grunn av bevisene. I russisk rett var den første straffen administrativ, mens tiltalen var en straffesak. Zolotukhin ble således gitt straff to ganger for samme forhold. Russland ble dømt for brudd på tilleggsprotokoll nummer 7 artikkel 4.¹⁷⁵ Dette ble oppfattet som dobbeltstraff.

I Maaoui v. France ble en statsborger fra Tunisia dømt til fengsel for grovt ran i 1988. I 1991 ble det, etter at soningen var fullført, fattet vedtak om at personen måtte forlate

¹⁷⁴ Bjerke (2011) s. 626-27

¹⁷⁵ Zolotukhin v. Russia

Frankrike. I 1992 ble vedkommende dømt til fengsel i ett år for ikke å ha forlatt Frankrike. Saken ble avsluttet i 1998, da utvisningsvedtaket ble annullert. Frankrike ble ikke dømt for å ha brutt forbudet mot dobbeltstraff, og personen kunne ikke påberope seg EMK artikkel 6. Utfra dette kan en slutte at utvisning ikke tolkes som straff.¹⁷⁶

I Norge er det sikker rett at en utvisning som følge av en straffedom ikke er å regne som straff, men som en administrativ beslutning som normalt fattes av Utlendingsdirektoratet. Norske domstoler kan ikke dømme en person til utvisning.¹⁷⁷ Prinsippet er også slått fast av EMD gjennom Maaouia v. France-dommen som referert ovenfor. Fengsling av en utvist utlending for å hindre at vedkommende «vil begå nye straffbare handlinger» er ikke et brudd på EMKs prinsipp om vern mot dobbeltstraff slik norske myndigheter ser det.

Justis- og politidepartementet anser fengsling og forvaring med hjemmel i § 106 første ledd bokstav d «som en integrert del av utvisningsvedtaket og bedømmes som en del av dette». Departementet argumenterer også for at fengsling i påvente av effektivering av en utvisning, ikke er straffeforfølgelse i EMK-rettslig forstand, og heller ikke et brudd på Engel-kriteriene om hva som kan klassifiseres som straff. I Engel and others v. The Netherlands fra 1976 definerer EMD hva som er straff og ikke. Engel var underoffiser i det nederlandske forsvaret og ble utsatt for forskjellige typer for straff etter at han hadde dratt på et fagforeningsmøte uten å ha fått permisjon til dette.¹⁷⁸

Når det ligger en straffedom i bunn, er den grunnlaget for utvisningsvedtaket og videre for fengslingen. Slik bestemmelsen er utformet må formålet med fengslingen være å hindre at utlendingen skal begå ny kriminalitet. I straffeprosessloven mener departementet at har man hjemler som gir domstolen mulighet for å fengsle med samme formål.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Maaouia v. France

¹⁷⁷ Straffeloven § 15

¹⁷⁸ Prop. 138 L (2010–2011) s. 40 og Engel and others v. The Netherlands

¹⁷⁹ Straffeprosessloven §§ 171 jf. 183 flg

Denne bestemmelsen kan fremstå som problematisk. Skal en utlending fengsles for en forbrytelse vedkommende ennå ikke har begått? Bestemmelsen legger opp til å kunne fengsle utlendinger som er straffet og utvist. Er det uforholdsmessig å fengsle utlendinger fordi de kan begå ny kriminalitet? For norske statsborgere er det hjemmel for forvaring jf. straffelovens § 39. Vilårene for å bruke forvaring er svært strenge og personen må være straffri og ha begått en alvorlig forbrytelse.¹⁸⁰ Hvis en utlending begår ny alvorlig kriminalitet, kan vedkommende fengsles og straffedømmes med hjemmel i straffeprosessloven og straffeloven, og det synes ikke å være behov for en spesialbestemmelse jf. utlendingsloven § 106 første ledd bokstav d for dette. Det er grunn til å tro at det som hovedregel ikke er mulig å trekke fra fengsling etter utlendingsloven i en fengselsstraff som er idømt etter straffeloven.¹⁸¹ Er denne bestemmelsen en innføring av «snikforvaring» av utlendinger som kan begå kriminalitet i Norge? Det kan se slik ut, imidlertid oppstiller bestemmelsen mange tilleggsvilkår for at bestemmelsen kan brukes for eksempel at utlendingen allerede er ilagt straff og utvist.

Det er uheldig at denne bestemmelsen har et lavere sannsynlighetskrav enn straffeprosessloven i vurderingen av om en person kommer til å begå ny kriminalitet. I straffeprosessloven kan fengsling kun brukes før en sak er rettslig avgjort, til forskjell fra utlendingsloven § 106 første ledd bokstav d som skal brukes etter at det straffbare forholdet er gjort opp, og utlendingen er utvist. Spørsmålet er om dette er en saklig diskriminering, jf. EMK art 14? Spørsmålet er lite drøftet i forarbeidene.¹⁸² Det er mulig å anføre begge syn, men det er uheldig at det i utgangspunktet opereres med to forskjellige krav til sannsynlighet. Det blir spennende å se hvordan domstolene vil se på denne problemstillingen når utlendingsloven § 106 første ledd bokstav d vil bli påberopt.

Spørsmålet er om denne spesielle fengslingsbestemmelsen bryter mot EMKs grunnprinsipper. Bestemmelsen har hjemmel i lov, men er problematisk. I spørsmålet om bestemmelsen er forholdsmessig kan det virke noe strengt og uforholdsmessig å

¹⁸⁰ Straffeloven § 39

¹⁸¹ Utlendingsrett (2004) s. 522

¹⁸² Prop. 138 L (2010–2011) s. 36–40

fengsle en utlending fordi politiet frykter at vedkommende skal begå ny kriminalitet. Utlendingen er allerede ilagt straff og utvist. Det kan også stilles spørsmål om bestemmelsen er nødvendig i et demokratisk samfunn. Begår en utlending ny kriminalitet kan jo vedkommende fengsles hvis vilkårene i straffeprosessloven er oppfylt og det finnes dermed adekvate hjemler allerede.

Det kan hevdes at bestemmelsen gir en sammenblanding av strafferett og utlendingsrett. Det kan også innvendes at bestemmelsen kan virke passiviserende på politiet. Politiet har i utgangspunktet mulighet til å uttransportere utlendingen ved endt soning med hjemmel i straffeloven. Bestemmelsen åpner for at politiet får ekstra tid til å gjennomføre en uttransportering. Bestemmelsen kan synes å være tvilsom sett opp mot EMKs tilleggsprotokoll nummer 7 artikkel 4 om dobbeltstraff, men det er grunn til å tro at den likevel er innenfor konvensjonen. Det er uheldig at Norge har en lovbestemmelse hvor det med rette blir stilt spørsmål om dobbeltstraff. Det er også uheldig å lage en lov som hjemler «snikforvaring» av utlendinger slik at de ikke skal begå ny kriminalitet. Ellers kan preventiv fengsling kun benyttes i de mest alvorlige sakene, da i form av forvaring med hjemmel i straffeloven. Bestemmelsen i utlendingsloven kan sees mer som en politisk markering for å vise handling, enn et genuint behov for en ny hjemmel for å fengsle allerede utviste utlendinger som kan begå kriminalitet i Norge.

3.3.2 Utlendingslovens terrorparagraf

En utlending kan pågripes og fengsles dersom vedkommende «utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og dette er fastslått i et vedtak i utlendingssaken, eller i en instruks fra departementet, og det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse». Det tre vilkår som alle må være oppfylt for bestemmelsen kan kunnes benyttes. Disse er redegjort for i forarbeidene fra 2011. Første vilkår er at «utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser», eksempelvis ved å skape frykt i befolkningen gjennom terror. Det presiseres at «grunnleggende nasjonale interesser» har erstattet begrepene «rikets sikkerhet» og «tvingende samfunnsmessige forhold». Begrepet har ikke erstattet «utenrikspolitiske hensyn» som i forarbeidene fra 2007 foreslås videreført. Dette er ikke direkte kommentert i forarbeidene fra 2011.¹⁸³

¹⁸³ Prop. 138 L (2010–2011) s. 49 og Ot.prp. nr 75 (2006–2007) s. 386

Justis- og politidepartementet skriver om «grunnleggende nasjonale interesser»: «Begrepet er dynamisk og det nærmere innholdet vil kunne endre seg i tråd med samfunnsutviklingen og bli videre utviklet gjennom forvaltningspraksis og rettspraksis...». Departementet skriver at «grunnleggende nasjonale interesser» har en «snevrere rekkevidde i strafferettslig sammenheng enn etter utlendingsloven.» Det presiseres også at bruken av begrepet kan variere i utlendingsloven.¹⁸⁴ Neste vilkår er at det er fattet «vedtak i utlendingssaken eller i en instruks fra departementet». Med instruks menes Justis- og politidepartementets instruksjonsrett i utlendingssaker som er regulert i utlendingslovens § 76.¹⁸⁵ Dersom instruksen fra departementet er gradert og ikke kan vises utlendingen, kan den ikke brukes som grunnlag for fengsling.¹⁸⁶ Departementet presiserer at de ikke har instruksjonsmyndighet for bruk av tvangsmidler etter utlendingsloven, dette er forbeholdt politiet, med etterfølgende domstolskontroll.¹⁸⁷

Det tredje vilkåret i utlendingslovens § 106 bokstav g er at «det treffes tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse». Justis- og politidepartementet understreker at «det avgjørende her må være at det foregår en aktiv prosess med realistiske utsikter til en utsendelse». Ordlyden i bestemmelsen er hentet direkte fra EMK artikkel 5 nummer 1 bokstav f. Som følge av identisk ordlyd, vil praksis fra EMD være bestemmende for tolkningen.¹⁸⁸ I forarbeidene presiserer departementet at det ikke er «nødvendig å konstatere at utsiktene for uttransporteringen vil bedres på grunn av fengslingen. I utgangspunktet vil det bare være tilstrekkelig å konstatere at grunnleggende nasjonale interesser foreligger, i tillegg til at det pågår en aktiv utsendelsesprosess».¹⁸⁹

¹⁸⁴ Prop. 138 L (2010–2011) s. 50

¹⁸⁵ Utlendingsloven § 76

¹⁸⁶ Prop. 138 L (2010–2011) s. 50

¹⁸⁷ *ibid.* s.53

¹⁸⁸ *ibid.* s. 50

¹⁸⁹ *ibid.* s. 51

I forarbeidene diskuteres videre bestemmelsen opp mot EUs returdirektiv, og kommer til at bestemmelsen ikke bryter mot dette.¹⁹⁰ Det diskuteres også om traktaten om EUs funksjonsmåte artikkel 72 kan påberopes som hjemmel når utlendingslovens § 106 bokstav g blir benyttet. Justis- og politidepartementet mener at det kun kan gjøres i «særlig alvorlig tilfelle» og viser videre til EMK artikkel 14 om diskriminering av utlendinger.¹⁹¹ Det vises her til drøftelsen nedenfor.

Det er ingen offentlig tilgjengelig rettspraksis for utlendingslovens § 106 første ledd bokstav g. Dersom det finnes rettspraksis for denne paragrafen, kan den være unntatt offentlighet. Politiets utlendingsenhet opplyser at bestemmelsen ennå ikke er tatt i bruk.¹⁹² Advokat Berit Reiss-Andersen er heller ikke kjent med bruk av denne bestemmelsen, men hun ser at den kan være aktuell dersom en terrormistenkt utlending søker asyl i Norge.¹⁹³

Det er ingen tilsvarende bestemmelse i straffeprosessloven. Imidlertid finnes generelle bestemmelser om pågrepelse og fengsling i samme lov. Aktuelt her kan være straffeprosessloven § 171 første ledd punkt 3 om å forhindre ny straffbar handling med høyere straff enn fengsel i seks måneder.

I henhold til straffeprosessloven § 172, hvor man pågripes ved mistanke for en forbrytelse med strafferamme på over ti år, og det heter i annet ledd: «eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken». Det vises videre til at «Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot.» Det kan her argumenteres med at en nordmann eller utlending som utgjør en «trussel mot grunnleggende nasjonale interesser» kan skape en slik utrygghet. Straffelovens «terrorparagraf» har en strafferamme på 21 år ved en gjennomført terrorhandling, mens planlegging kan straffes med fengsel i inntil tolv år.¹⁹⁴

¹⁹⁰ *ibid.* s. 51-52

¹⁹¹ *ibid.* s. 52-53

¹⁹² Odner (2012)

¹⁹³ Reiss-Andersen (2012)

¹⁹⁴ Straffeloven § 147a

3.3.2.1 Bryter utlendingslovens terrorparagraf mot prinsippene om tvangsbruk og diskriminering i Den europeiske menneskerettskonvensjonen?

De relevante artiklene i EMK er artikkel 8 nummer 2 som hjemler tvangsbruk fra myndighetene og artikkel 14 om diskriminering.

Artikkel 8 nummer 2 lyder: «There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».

Hovedregelen er at: «There shall be no interference» fra myndighetene, med unntak av «in accordance with the law» og «is necessary in a democratic society». «Is in accordance with the law» må forstås som videre enn det norske legalitetsprinsippet. Begrepet må i tillegg forstås som sedvane, rettspraksis og forvaltningspraksis.

En tolkning av bestemmelsen innebærer at «national security» gir unntak fra hovedregelen om «There shall be no interference». Utfra dette bør bestemmelsen være i overenstemmelse med EMK og praksis fra EMD. Spørsmålet er så om bestemmelsen er forholdsmessig, om den har hjemmel i lov, og om den er nødvendig i et demokratisk samfunn slik det er stilt krav om i EMKs grunnprinsipper. I spørsmålet om bestemmelsen er forholdsmessig vil tiden utlendingen sitter fengslet og hvilken fare vedkommende utgjør mot «grunnleggende nasjonale interesser» være relevant. Bestemmelsen har hjemmel i lov. Om bestemmelsen er «er nødvendig i et demokratisk samfunn» kan det argumenteres med at Norge trenger en anti-terrorlovgivning, men det er kanskje ikke hensiktsmessig at deler av denne er en del av utlendingsloven?

Nedenfor vil artikkel 14 bli vurdert opp mot utlendingslovens terrorparagraf. For hvordan artikkel 14 om diskriminering skal tolkes, vises det til tidligere redegjørelse i kapittel 3.2.1.1.

En terrorsak hvor artikkel 14 ble påberopt er *A and others v. The United Kingdom*. I denne saken ble 16 utlendinger pågrepet av britiske myndigheter i perioden 2001-2003.¹⁹⁵ Hjemmelen for pågripelsene var Anti-terrorism, Crime and Security Act som ga den britiske utenriksministeren rett til å fengsle utenlandske statsborgere uten tiltale og dom.¹⁹⁶ Britiske myndigheter påberopte seg unntaksklausulen i EMK artikkel 13.¹⁹⁷ Før saken ble tatt opp til doms i EMD i 2009, slo House of Lords fast at fengslingshjemmelen var diskriminerende.¹⁹⁸ Storbritannia ble også dømt i EMD, men ikke for brudd på artikkel 14, da domstolen ikke gikk inn på dette på grunn av andre brudd på Den europeiske menneskerettighetserklæringen.¹⁹⁹

I spørsmålet om utlendingsloven § 106 første ledd bokstav g bryter mot EMK artikkel 14 med tilhørende rettspraksis må det sentrale være om norske myndigheter diskriminerer utlendinger som utgjør en fare mot «grunnleggende nasjonale interesser» til forskjell fra norske statsborgere som også utgjør en fare mot «grunnleggende nasjonale interesser». Et viktig tilleggsvilkår er om utlendingen er i en aktiv utsendelsesprosess. En norsk statsborger kan som hovedregel ikke bli sendt til utlandet, med unntak av til et annet nordisk land.²⁰⁰ Spørsmålet blir da om selve bestemmelsen er diskriminerende, fordi den rammer kun utlendinger og ikke norske statsborgere. Her kan det innvendes at adgang til å pågripe og fengsle utlendinger med hjemmel i artikkel 1 nummer 1 bokstav f åpner nettopp for dette. Hvis det ikke er mulig å få uttransportert en utlending innen rimelig tid vil denne bestemmelsen sannsynligvis være i strid med EMK, men da artikkel 5.

Bestemmelsen er ny og uprøvd. Det kan argumenteres med at det er en føre-var-bestemmelse, og at dersom en utlending truer grunnleggende nasjonale interesser, kan vedkommende pågripes og fengsles med hjemmel i utlendingsloven fremfor straffeprosessloven. Spørsmålet er da om utlendingsloven § 106 første ledd bokstav g

¹⁹⁵ *A. and others v. the United Kingdom*

¹⁹⁶ Prop. 138 L (2010–2011) s. 52

¹⁹⁷ *A. and others v. the United Kingdom*

¹⁹⁸ Prop. 138 L (2010–2011) s. 52

¹⁹⁹ *A. and others v. the United Kingdom*

²⁰⁰ Utleveringsloven §§ 2 og 27

blir benyttet hvis terskelen for fengsling er lavere enn i straffeprosessloven. Ulempen med bruken av utlendingsloven § 106 første ledd bokstav g kan være at straffeprosessloven har bredere adgang til å pålegge en siktet isolasjon, besøks- eller medieforbud enn hva politiet kan gjøre med hjemmel i utlendingsloven.²⁰¹

²⁰¹ Utlendingsloven §§ 106 og 107, jf. § 90. og straffeprosessloven § 186a jf. § 183 flg

4 Konklusjon /avslutning

Utlendingsloven har fått utvidet grunnlaget for å pågripe og fengsle utlendinger gjennom de siste årene. I tillegg kan det se ut som utlendingsloven har blitt en bi-straffeprosesslov. Gjennom lovendringene i 2012 har utlendingsloven fått flere Lex specialis bestemmelser som har utvidet det rettslige grunnlaget for å pågripe og fengsle med hjemmel i utlendingsloven. Det er ingen tilsvarende radikale endringer i straffeprosessloven.

Gjennom endringene i utlendingsloven har kravene til sannsynlighet for å pågripe og fengsle utlendinger formelt blitt senket. Spørsmålet er om denne lovendringen, på sikt, fører til at utlendinger lettere kan fengsles med hjemmel i utlendingsloven enn andre kan bli fengslet med hjemmel i straffeprosessloven når det er spørsmål om unndragelsesfare. I 2003 ble 163 personer fengslet av retten med hjemmel i utlendingsloven. I perioden januar-september 2012 har Politiets utlendingsenhet alene fått fengslet 527 utlendinger med hjemmel i samme lov.²⁰² Til sammenligning ble det i 2010 varetekstfengslet 3327 personer med hjemmel i straffeprosessloven.²⁰³ I straffeprosessen kommer dager i varetekt til fradrag ved en domfellelse, det er ikke en slik ordning i utlendingsloven. I Norge kan opp mot tusen utlendinger bli fengslet med hjemmel i utlendingsloven i år. Når en ser dette tallet opp mot antallet personer som blir varetekstfengslet, utgjør dette nesten en tredjedel av det totale antallet fengslinger. Er det denne utviklingen noe vi ønsker oss? Spørsmålet er om vi ønsker to typer rettssystemer, ett for «oss» og ett for de «andre»(utlendingene).

At så mange utlendinger blir fengslet med hjemmel i utlendingsloven, uten å ha begått noen forbrytelse, er betenkelig, selv om fengslingstiden, med unntak av i identitetssaker, kan være kort. Det er også problematisk at utlendinger kan risikere dobbeltstraff dersom de blir fengslet etter at de er straffedømt og utvist. Her er i tillegg sannsynlighetskravet lavere enn for norske statsborgere i vurderingen av faren for at en person skal begå ny kriminalitet. Dette kan være et brudd på EMKs diskrimineringsbestemmelse. Det er også problematisk at utlendinger som er

²⁰² Justisdepartementet(2010) s. 5 og Bustø (2012)

²⁰³ Statistisk sentralbyrå (2012)

straffedømt og utvist kan bli utsatt for «snikforvaring» for at de ikke skal begå ny kriminalitet i Norge før de blir uttransportert. Det blir spennende å se hvordan domstolen vil vurdere dette.

Det er problematisk at utlendinger kan bli fengslet for ikke å ville samarbeide med politiet om å klarlegge sin identitet. Dette er spesielt problematisk i et selvinkrimineringsperspektiv, selv om det er grunn til å tro at en utlending ikke er omfattet av EMKs vern mot denne type fengsling.

Hvis Justis- og beredskapsdepartementet foreslår endringer, og Stortinget vedtar, at fremstillingsfristen for retten i utlendingsloven skal endres fra én til tre dager kan dette føre til at domstolskontrollen i realiteten bli illusorisk. Dette selv om det skulle være mulig å begjære utlendingen løslatt før det hadde gått tre dager og utlendingen har en svært aktiv prosessfullmektig. En senere fremstillingsfrist, kombinert med senkede krav til sannsynlighet ved fengsling, er problematisk sett opp mot EMK fordi norske myndigheter kun gir minimumsrettighetene. Imidlertid er det ikke grunn til å tro at det er et brudd på konvensjonen. Samtidig kan en se at forskjellen i rettssikkerheten for norske statsborgere og utlendinger øker. Dette er svært uheldig.

Et annet problem med utlendingslovens § 106 er at det kan virke som om denne paragrafen er blitt en bi-straffeprosesslov. Før lovendringen var det kun identitetsavklaring, unndragelsesfare og fremstilling på utenriksstasjoner som ga grunnlag for pågrepelse og fengsling med hjemmel i utlendingsloven. Nå har politiet fått syv hjemler, og over et halvt år etter at lovendringene trådte i kraft er de nye hjemlene i realiteten ikke tatt i bruk. Det er grunn til å tro at dette kan endre seg, særlig på grunn av krav fra regjering og Storting om en mer effektiv returpolitikk. Gjennom en slik praksis kan politiet i ytterste konsekvens på gripe og fengsle et betydelig antall utlendinger med hjemmel i denne paragrafen.

Det er også problematisk at utlendingsloven har fått inn en anti-terror bestemmelse, som altså kun er utlendinger. Denne kan bli sett på som et samrøre mellom utlendingsrett og anti-terrorlovgivning. Det kunne vært mer ryddig om anti-terrorlovgivningen kom i en egen lovbestemmelse eller ved et tillegg til straffeprosessloven.

Gjennom den nye utlendingsloven fra 2008 og senere endringer, kan en se en klar vilje fra Justis- og beredskapsdepartementet til å fremme forslag for at loven skal være i overenstemmelse med EMK og praksis i EMD. Enkelte bestemmelser, for eksempel deler av ordlyden i bokstav g om «trussel mot grunnleggende nasjonale interesser», er tatt direkte fra EMK. På den annen side er det flere land som Norge normalt sammenligner seg med, som har blitt dømt i EMD på grunn av frihetsberøvelse og for fengsling i utlendingssaker. Gjennom lovendringer og domstolspraksis kan Norge ved økt bruk av pågrepelse og fengsling, risikere å bryte med EMK gjennom feil rettsanvendelse. Det er imidlertid ikke grunn til å tro at norske myndigheter bevisst ønsker å bryte med EMK i saker hvor utlendinger skal pågripes og fengsles med hjemmel i utlendingsloven. Departementet har selv uttalt at: «hensynet til å beskytte det norske samfunnet mot kriminalitet kan tillegges vekt når staten skal vurdere hvor langt man skal gå i å benytte fengsling og andre tvangsmidler overfor utlendinger som har uavklart eller ulovlig opphold eller er i en utsendelsesprosess...».²⁰⁴

Det kan tenkes at utlendingsloven på grunn av det politiske klimaet og krav til større effektivitet kan få ytterligere tvangsgrunnlag for pågrepelse og fengsling, og at vilkårene for å bruke dem vil tillempes, men dette kan ligge noen år frem i tid. Det kan se ut til at utviklingen går mot mer pågrepelse og fengsling av utlendinger. Den europeiske menneskerettskonvensjonen med praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen er en skranke som sikrer rettssikkerhet. Det er EMK med praksis fra EMD som ved siden av Grunnloven og Stortinget skal sikre rettssikkerhet og trekke opp grensene for hvor langt norske myndigheter kan gå i pågripe og fengsle utlendinger. Det blir spennende å se denne utviklingen i årene som kommer, men viktigst er at utlendinger har et minimum av rettigheter garantert av EMK.

Norge ønsker å fremstå som et sivilisert demokratisk samfunn bygget på menneskerettigheter og humanitære verdier. Et åpent spørsmål til slutt kan være om disse verdiene er forenlige med hvordan vi nå behandler utlendinger med hjemmel i utlendingsloven?

²⁰⁴ Prop. 138 L (2010–2011) s. 29-30

Litteraturliste

Bøker

Bjerke, Hans Kristian, Keiserud, Erik og Sæther Knut Erik. *Straffeprosessloven Kommentartutgave*. 4. utg. Oslo 2011.

Utlendingsloven kommentartutgave. Redigert av Vigdis Vevstad og Grete Brochmann, Oslo, 2010.

Utlendingsrett. Redigert av Runa Bunæs [et al.]. Oslo, 2004.

Hefte / del av serie

Politiets utlendingsenhet. *Vedlegg til seminar om utlendingsrett for påtalejurister 29.05.2012*. Oslo, Politiets utlendingsenhet, 2012.

Politiets utlendingsenhet. *Årsmelding 2011*. Oslo, Politiets utlendingsenhet, 2012.

Politidirektoratet. *Rundskriv 2012/005 Politiets arbeid med søknader om beskyttelse(asyl), identifisering og uttransportering av utlendinger etter utlendingsloven*, Oslo, Politidirektoratet, 2012.

Norske lover

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10

1975 Lov om utlevering av lovbrytere m.v. (utleveringsloven) av 13. juni 1975 nr. 39

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr 25

1988 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24. mai 1988 nr 64

1995 Lov om politiet (politiloven) av 08. april 1995 nr 53

2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr 35

2009 Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) FOR 2009-10-15 nr 1286.

Traktater

- EMK Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950
- EMK-tilleggsprotokoll Protokoll nr. 4 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, om beskyttelse av visse rettigheter og friheter som ikke allerede er omfattet av konvensjonen og av første tilleggsprotokoll til Konvensjonen, Strasbourg 1963

EU-direktiver og forordninger

- 2003/110/EF Rådets direktiv 2003/110/EF af 25. november 2003 om bistand ved gennemreise i forbindelse med udsendelse med fly
- 2008/115/EF Europa-parlamentets og Rådets direktiv af 16. december 2008 om fælles standarder og procedurer i medlemsstaterne for tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold
- 2010/C 83/01 Konsolideret udgave af traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

Publiserte dommer

- Rt 1993 950
- Rt 1995 1228
- Rt 2000 996
- Rt 2007 1573
- Rt 2011 41
- HR-1993-970-S
- HR-2012-1701-U
- LA-2008-006551
- LB-2011-7417
- TOSLO-2011-33112

Upubliserte dommer

- Oslo tingretts kjennelse av 12. september 2012(1)
- Oslo tingretts kjennelse av 12. september 2012(2)

Internasjonale dommer

Engel and others v. The Netherlands	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. juni 1976.
Guzzardi v. Italy	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6. november 1980.
Funke v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. februar 1993.
Raimondo v. Italy	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. februar 1994.
Chahal v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. oktober 1996.
Maaouia v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 5. oktober 2000.
Conka v. Belgium	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 05. februar 2002.
Smirnova v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24. juli 2003.
Saddi v The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29. januar 2008.
Zolotukhin v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. februar 2009.
A and others v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 19. februar 2009.
Mikolenko v. Estonia,	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. oktober 2009.
Antwi and others v. Norway	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 14. februar 2012.

Forarbeider

Justis- og politidepartementet. *Endringer i utlendingsloven om adgangen til frihetsberøvelse mv.* 7. Oslo, Justis- og politidepartementet, 7. juli 2010.

Advokatforeningen. *Høringsuttalelse - endringer i utlendingsloven om adgangen til frihetsberøvelse mv.* Oslo, Advokatforeningen, 7. oktober 2010.

NOU

NOU 2003:7 Tilleggsskatt m.m.

NOU 2004:20 Ny utlendingslov

Proporsjoner

Ot.prp. nr 17 (1998-99) Om lov om endringer i utlendingsloven og i enkelte andre lover

Ot.prp. nr 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

Ot.prp. nr. 108 (2008-2009) Om lov om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven)

Prop. 3 L (2010–2011) Endringer i utlendingsloven

Prop. 138 L (2010–2011) Endringer i utlendingsloven

Prop. 87 L (2011–2012) Endringer i utlendingsloven m.m.

Nettdokument

Aune, Oddvin. *VG-redaktør: Media lot seg styre i Amelie-saken.* Norsk rikskringkasting. 29. januar 2011. <http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.7484559> [Sisert 24. september 2012].

Brekke, Jan-Paul. *Missing. Asylum seekers who Leave Reception Centers in Norway.* Oslo 2012. http://www.samfunnsforskning.no/content/download/38075/713111/file/R_2012_2_web_.pdf [sisert 26.oktober 2012].

European court of human rights. *The Court in brief.* Strasbourg ukjent år, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DF074FE4-96C2-4384-BFF6-404AAF5BC585/0/ENG_Court_in_brief.pdf [sisert 24. oktober 2012].

Fosse, Andreas. *Tre bygg i brann ved Lier ventemottak.* Verdens gang 7. juli 2010. <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10002913> [Sisert 1. oktober 2012].

Hovden, Thomas. *Tvangsmidler etter utlendingsloven*. Oslo 2007
<http://urn.nb.no/URN:NBN:no-17579> [sitert 3. august 2012].

Husabø, Erling Johannes og Annika Elisabet Suominen. *Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler*. Bergen 2012. [sitert 1. august 2012].

Einarsen, Terje. *Kommentar til utlendingsloven: Gyldendal Rettsdata (online)*, [sitert 1. november 2012].

Fliflet, Arne. *Kommentar til Grunnloven: Gyldendal rettsdata (online)* [sitert 7. august 2012].

Gyldendal Rettsdata. L15.05.2008 nr. 35 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) endringer (online) [sitert 1. november 2012].

Lovdata. Database for rettsavgjørelser - utlendingsloven § 106 (online) [sitert 14. august 2012].

Haugen, Erlend Langeland. «*Flertallet av asylsøkerne som kommer til Norge, lyver om sin identitet*». Bergens Tidende 3. september 2011
http://www.bt.no/nyheter/innenriks/faktasjekk/Flertallet-av-asylsokerne-som-kommer-til-Norge_-lyver-om-sin-identitet-2555453.html [Sitert 2. september 2012].

Holmås, Heikki. *Sak nr. 16 Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om representantforslag fra stortingsrepresentantene Trine Skei Grande og Borghild Tenden om å avklare situasjonen og styrke rettighetene for innvandrere i Norge uten lovlig opphold*. Oslo 2011. <http://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2010-2011/110405/16> [Sitert 19. november 2012].

Meisingset, Sigrun Lossius. *Fingeravtrykk sender asylsøkere i retur*. Aftenposten 20. juli 2008. <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/Fingeravtrykk-senderbr-Aasylsokere-i-retur-6572233.html>[Sitert 20.9.2012].

Politiets utlendingsenhet. *Asylsøkere med slipte fingertupper fengsles*. Oslo 2005. https://www.politi.no/politiets_utlendingsenhet/aktuelt/nyhetsarkiv/2005_10/Nyhet_7354.xml [Sitert 20. september 2012].

SSB: *Flere, og lengre, varetektsfengslinger*. Oslo 2012. <http://www.ssb.no/fengsling/> [sitert 26. oktober 2012].

Statsministerens kontor. Pressemelding, *Ny politisk plattform for den rød-grønne regjeringen*. Oslo 2009.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/smk/presSESenter/pressemeldinger/2009/ny-politisk-plattform-for-den-rod-gronne.html?id=579151/> [Sisert 19. november 2012].

Strand, Tormod. *Dopselgere i Oslo sendes ut - men kommer tilbake igjen*. Norsk rikskringkasting. 5. februar 2012.

<http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.7983730> [Sisert 24. september 2012].

Zhang, Li-Chun. *Developing methods for determining the number of unauthorized foreigners in Norway*. Oslo 2008. [sisert 26. oktober 2012].

http://www.ssb.no/emner/00/90/doc_200811/doc_200811.pdf [sisert 26. oktober 2012]

Utlendingsdirektoratet: *Årsrapport 2011*. Oslo 2012

<http://www.udi.no/arsrapport2011/> [sisert 10. oktober 2012].

Personlig meddelelse

Babayan, Alexander. Samtale, 4. oktober 2012

Bordvik, Sigurd. Samtale, 22. oktober 2012

Bustø, Marit. E-post, 31. oktober 2012

Odner, Rolf. Samtale, 6. september 2012

Reiss-Andersen. Berit. Samtale, 25. oktober 2012

Skikic, Miran. Samtale 22. oktober 2012

Tjugum, Bente. Samtale, 4. september 2012